

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE

ESSAI HISTORIQUE S'ÉTENDANT DES ORIGINES DE L'ÉGLISE
AU PONTIFICAT DE PIE XI

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le mercredi 30 mai 1928 à deux heures

PAR

René WEHRLÉ

Président : M. PAUL FOURNIER, professeur
Suffragants { *MM. OLIVIER MARTIN, professeur*
GENESTAL, professeur

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1928



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552832_0036

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE

ESSAI HISTORIQUE S'ÉTENDANT DES ORIGINES DE L'ÉGLISE
AU PONTIFICAT DE PIE XI

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT,
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le mercredi 30 mai 1928 à deux heures

PAR

René WEHRLÉ

Président : M. PAUL FOURNIER, professeur
Suffragants { *MM. OLIVIER MARTIN, professeur*
 { *GENESTAL, professeur*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1928



A LA MÉMOIRE

DES JURISTES ÉMINENTS ET DES MAÎTRES VÉNÉRÉS
QUI ONT ÉTÉ, A DES TITRES DIVERS,
LES INSPIRATEURS DE CE TRAVAIL :

RAYMOND SALEILLES,
ADHÉMAR ESMEIN,
ÉMILE CHÉNON.



INTRODUCTION

La question de la coutume est de telle nature qu'elle ne saurait laisser indifférents les esprits capables de réflexion. En apparence désuète et comme rétrospective, elle reste cependant toujours ouverte. D'où vient l'intérêt qui s'attache à une branche de la science juridique qui n'occupe plus qu'une place pour le moins secondaire dans nos législations modernes? Pourquoi surtout une étude *de la coutume dans le droit canonique*, alors que l'Église catholique semblerait moins que toute autre société appelée à reconnaître, comme source éventuelle du droit, une sorte de consentement ou de suffrage populaire? C'est ce qu'il convient d'examiner ici brièvement, d'abord, en rappelant ce qu'il faut entendre par les expressions *droit*, *droit non écrit*, *droit écrit*, puis, en comparant entre elles la loi et la coutume, enfin, en montrant comment l'Église catholique ne peut pas demeurer indifférente à la question de la coutume.

I. — Et, tout d'abord, que faut-il entendre par les expressions « droit, droit non écrit, droit écrit? »

Le droit, dit Bossuet (*Histoire des Variations*, Ve avertissement, n. XXXIII), n'est autre chose que la raison même et la raison la plus certaine, puisque c'est la raison reconnue par le consentement des hommes. D'après l'étymologie même du mot, le droit c'est ce qui doit régler la conduite de l'homme et le *diriger* avec rectitude (le terme *droit* dériverait du verbe latin *dirigere*) dans la réalisation de sa destinée sociale. D'une façon plus précise, le droit c'est l'ensemble des règles ou prescriptions qui sont appelées à régir les rapports sociaux des individus et des peuples. En dernière analyse, le droit c'est la définition de ce qui est, soit juste par essence, soit convenable ou simplement opportun, au point de vue social, dans une collectivité donnée, à un moment de son évolution. L'homme, en tant qu'être individuel, est en effet incapable de connaître, par lui seul, tout ce qui peut et doit contribuer tant à la constitution qu'à la bonne organisation de la société; et, fût-il même capable de toujours discerner, socialement parlant, et

le bien du mal et le meilleur du moins bon, il serait à coup sûr impuissant par lui seul, d'une part, à s'imposer à lui-même comme obligatoire telle pratique plus avantageuse au point de vue social, mais plus onéreuse au point de vue individuel, et, d'autre part et surtout, à imposer aux autres cette même pratique. Or la société ne peut vivre et prospérer que grâce à l'observance générale de dispositions plus ou moins contraignantes et coûteuses pour ses membres. D'où la nécessité de règles objectives qui précisent et sanctionnent les prescriptions, soit strictement indispensables, soit seulement utiles au bonheur de la société. L'ensemble des prescriptions qui, du dehors, viennent au secours des individus pour leur permettre de contribuer à l'existence et au maintien du bien-être de la société s'appelle le droit.

Mais le droit peut revêtir, et de fait a revêtu, deux formes principales. — Ou bien, il a pour auteur les sujets eux-mêmes qui, sagement, décrètent de se soumettre aux règles nécessaires à la bonne orientation de leur vie tant individuelle que sociale, et cela, sans recourir nécessairement, ni à des formules savamment et longuement étudiées, ni à une promulgation minutieusement déterminée et scrupuleusement observée, ni à l'écriture gardienne sacrée des décisions prises. On se trouve alors en présence du *droit non écrit* (1) qui commande au nom de la raison, mais sans l'intervention officielle d'aucune autorité dûment constituée. Ce droit non écrit, produit en quelque façon spontané des divers groupements humains, est essentiellement constitué par la volonté du peuple et principalement représenté par les *coutumes*, c'est-à-dire *par les usages communément reçus et adoptés comme règle de vie tant par les individus que par les nations (dicitur consuetudo quasi communis assuetudo vel quia in communi usu est)*. — Ou bien, le droit a pour auteur une autorité légitimement établie et authentiquement reconnue, un Souverain, qui représente les sujets et est chargé de la mission de les gouverner en légiférant pour eux et en leur nom; ce Souverain, qu'il soit une individualité ou un sénat, prend des mesures d'ordre général et particulier en vue du bien commun; il les rédige par écrit; il les formule en termes choisis, concis et précis; il les promulgue à date bien notée et selon des formes plus ou moins solennelles. On se trouve alors en présence du *droit écrit*. Ce droit écrit, qui émane des autorités officiellement chargées de régir les collectivités, est essentiellement constitué par la volonté du

(1) Le droit non écrit sera identifié dans le présent travail avec le droit coutumier ou mieux avec la coutume en général. Ce n'est pas cependant que, en soi, l'expression *droit non écrit* ne convienne qu'à la coutume : le droit naturel et la tradition constituent, eux aussi, des droits non écrits. Mais, en fait, juristes et canonistes semblent avoir réservé l'expression *droit non écrit* pour désigner le droit coutumier ou les coutumes.

Souverain et principalement représenté par les *constitutions* ou les *lois*.

Qu'on ne s'y trompe pas cependant : ni l'écriture n'est de l'essence de la loi, ni la non-écriture de l'essence de la coutume; une coutume consignée par écrit pourrait encore jouer son rôle de coutume et ne rien perdre de sa valeur propre, tout comme une loi pourrait être promulguée oralement et, momentanément du moins, ne pas être fixée par l'écriture. Mais, comme dans la plupart des cas les collectivités n'ont pas recours à l'écriture pour formuler les obligations auxquelles elles jugent bon de se soumettre, tandis que le Souverain, lui, a recours à l'écriture pour édicter ses prescriptions, on a désigné le droit qui émane essentiellement du peuple par le terme de *droit non écrit* et celui qui émane essentiellement du Souverain par le terme de *droit écrit*.

Historiquement parlant, il semble d'ailleurs que la coutume ait été la forme primitive de la législation des divers groupements familiaux et nationaux; les peuples paraissent s'être constitués sans loi écrite, au gré des circonstances et sous l'impulsion de la nécessité interne qui les sollicitait à unir leurs efforts en vue de se fondre en une collectivité vraiment homogène, ayant ses aspirations communes et une fin identique. Puis, à un stade plus ou moins précis de leur évolution, ils ont éprouvé le besoin, d'abord, de cataloguer par écrit les obligations auxquelles ils se soumettaient d'eux-mêmes encore que nécessairement, ensuite, de substituer à ces obligations non écrites, émanées comme spontanément de la conscience collective, des mesures d'ordre général plus précises et promulguées par une autorité investie de la fonction de gouverner le groupement devenu une nation hiérarchiquement organisée. Partout, toujours, il semble que la loi ait pris la place de la coutume et que la coutume se soit effacée devant la loi, la coutume ne conservant de force juridique que dans les cas où la loi écrite faisait défaut. Une étude sommaire, ayant pour objet la formation des diverses nationalités qui se partagent le monde, permettrait vraisemblablement de ratifier cette proposition.

II. — Mais, juridiquement parlant, de ces deux droits, du droit écrit et du droit non écrit, l'un l'emporte-t-il sur l'autre de façon si incontestable qu'on puisse le déclarer supérieur à l'autre et le lui opposer victorieusement? C'est ce qu'un parallèle très bref entre la loi écrite et la coutume permettra de dire.

A regarder les choses du dehors, il semblerait que la loi l'emporte de beaucoup sur la coutume et soit la forme idéale et définitive de toute législation vraiment digne de ce nom. — En effet et d'abord, la loi est plus noble par son origine, puisqu'elle a pour auteur l'autorité incontestée d'un Souverain élevé en dignité et imposé au respect de tous, la coutume, elle, n'émanant que de la collectivité elle-même. — Puis,

la loi écrite est plus précise : ses ordonnances sont exprimées dans des formules nettement impératives, à l'encontre des obligations plus ou moins vagues et indéterminées auxquelles astreignent les coutumes non rédigées par écrit. — Ensuite, la loi est facile à connaître et à notifier, facile aussi à prouver, tandis que les moyens de discerner et de divulguer les coutumes et de prouver leur existence sont difficiles et compliqués. — De même, toute loi prévoit la punition dont seront frappés ses transgresseurs : à ce titre la sanction de la loi écrite est mieux précisée, et partant plus efficace, que celle de la coutume plus ou moins abandonnée à l'arbitrage des juges. — Enfin, la loi se transforme rapidement et presque instantanément; il est aisé de changer les dispositions d'un texte, voire même de les supprimer ou de leur substituer d'autres articles plus en conformité avec les besoins de la collectivité; au contraire, la transformation d'une coutume, à plus forte raison sa suppression, sont-elles chose lente et longue. — Dès lors la loi écrite ne constitue-t-elle pas un remède si prompt qu'il apparaît presque comme souverain et universel? Le salut d'une nation ne serait-il pas assuré par le seul fait qu'à chaque tendance pernicieuse de la société on appliquerait le pansement salutaire d'une loi sagement conçue? Le peuple le plus riche en lois ne serait-il pas nécessairement le peuple le plus vertueux et le plus heureux? — On pourrait le croire : car, d'une part, la notion de loi fascine la conscience populaire; tout ce que permet la loi, à fortiori tout ce qu'elle prescrit, devient le bien pour les âmes simples; et, d'autre part, ceux qui briguent les fonctions de représentants de la collectivité dans les assemblées législatives ne proposent-ils pas invariablement de remédier à toutes les plaies de la société par le vote rapide de lois nouvelles, au point que le programme électoral le plus séduisant se trouve être celui qui contient le plus grand nombre de projets de lois? Faut-il ajouter que les législateurs eux-mêmes paraissent croire à l'efficacité presque automatique de la loi écrite et considèrent l'intangibilité de leurs prescriptions comme une condition du salut national. Napoléon n'a-t-il pas déploré comme un meurtre l'apparition du premier commentaire de son Code civil? Et nombre de législateurs n'ont-ils pas eu la naïveté d'interdire qu'on transforme, en quelque façon que ce soit, dans l'avenir les textes sortis de leur mains? — La loi écrite apparaît donc de beaucoup supérieure à la coutume.

Mais, dans la réalité profonde des choses, il en est tout autrement. — D'abord, la *noblesse* de la loi n'est qu'apparente : car l'autorité dont jouit le Souverain n'est, au regard de la plupart des juristes, qu'une délégation du pouvoir qui réside dans la collectivité elle-même et, en définitive, n'est-ce pas le peuple qui est le véritable détenteur du pouvoir de faire des lois et, partant, le Souverain authentique? La question se pose, encore que ce ne soit pas le lieu de la résoudre. — Puis, s'il est

vrai que, dans ses termes, la loi est plus précise que la coutume, cette précision empêche que la loi prévoie et embrasse tous les cas qui peuvent se produire et qui ne manqueront pas de se produire. — Ensuite, la loi est si peu facile à faire connaître de tous, contrairement à ce qui semble au premier abord, que les législateurs en sont tous réduits à donner force juridique à l'adage : nul n'est censé ignorer la loi, faute de quoi les prescriptions édictées demeureraient lettre morte. — De même, la sanction qui accompagne la loi et paraît la rendre plus efficace n'en assure que l'exécution matérielle et littérale : car il suffit souvent de bien connaître les termes d'une loi pour la tourner et échapper de la sorte à ses rigueurs. — Et qui ne sait, par ailleurs, que c'est plus la docilité à l'esprit des lois que le respect de leur lettre qui importe au bien de la société? — Enfin la facilité, avec laquelle la loi écrite peut être matériellement changée en une autre, constitue un véritable danger public, en créant ou en entretenant l'illusion que toute loi est nécessairement, et par elle-même et elle seule, un remède apte à guérir promptement toute espèce de mal social. — Dès lors, loin d'être le signe de la richesse et de la santé morales d'un peuple, la multiplicité des lois est bien plutôt l'indice que ce peuple n'obéit plus à sa conscience spontanée ou réfléchie. Les nations périssent beaucoup plus par excès que par défaut de législation écrite. La loi n'est un remède qu'à la condition d'être discrètement et judicieusement appliquée : les Romains ont eu beau multiplier leurs lois sociales, leur décadence n'a pas cessé de s'accroître; et les mariages ne sont devenus ni plus nombreux ni plus stables ni moins stériles du jour où le législateur a prétendu obliger ses sujets à créer des foyers indissolubles et plus prolifiques. Le vote accéléré de lois multiples hâtivement conçues est un indice presque certain que la conscience populaire ne joue plus son rôle de gardienne du bien commun et qu'elle s'endort de façon inquiétante pour l'avenir de la collectivité.

En face de ces défauts et de ces déficiences de la loi écrite, combien plus précieuse et efficace apparaît la coutume. — Sans doute, elle manque de précision, mais c'est tout justement parce que, par sa souplesse, elle embrasse tous les cas qu'elle est appelée à régir. — Sans doute aussi, elle semble difficile à faire connaître; mais cette difficulté n'est qu'apparente : car c'est la conscience collective elle-même qui est l'auteur de la coutume, et cette conscience collective a trop la notion de ce qui convient à son développement et à son enrichissement pour perdre la mémoire des lois non écrites qu'elle a portées. — Sans doute encore, la coutume paraît manquer d'autorité et de sanction; mais la réalité est tout autre : car l'autorité dont procède le droit non écrit se confond avec les consciences individuelles, et c'est l'ensemble de ces consciences individuelles qui constitue l'autorité législative dans son

essence. — Aussi bien la difficulté réelle, que nos sociétés modernes rencontrent pour établir la preuve de l'existence des coutumes, ne saurait être reprochée au droit non écrit comme un vice qui doive le faire rejeter : car, lorsque la coutume règne en législatrice véritable dans une région, le crédit dont elle jouit lui sert de preuve, sinon évidente, du moins aisée pour tous. — Au surplus, faut-il faire remarquer que la coutume ne court pas le risque d'endormir ou de déformer la conscience en se substituant à elle; tout au contraire, elle la perfectionne en la faisant parler plus haut et plus net; puis la coutume, émanant de la collectivité elle-même, a plus de chance d'être accueillie avec faveur que n'importe quel texte écrit élaboré par la meilleure assemblée législative qui puisse être. On n'a pas vu de nation périr sous la multiplicité des coutumes qui la régissaient, tandis qu'on a vu des peuples sombrer sous la multiplicité des textes écrits qui les accablaient. — Enfin, la coutume est tellement naturelle à l'existence des sociétés humaines que, lorsqu'on prétend la proscrire, elle trouve l'ingénieux moyen de réparaître sous une forme détournée, mais incontestable. Notre Code napoléonien ne laisse guère à la coutume d'autre domaine que celui du bornage des propriétés rurales, c'est vrai; mais les tribunaux chargés d'appliquer les lois, et par le fait même de les interpréter, ne créent-ils pas à la longue, par leur jurisprudence et *l'autorité des choses jugées*, une sorte de droit non écrit qui se substitue aux textes législatifs demeurés inappliqués dans la plupart des cas qu'ils étaient appelés à régir (1)?

Ce n'est donc pas une simple gageure de soutenir que la coutume l'emporte, tant en souplesse qu'en autorité et en vitalité, sur le droit écrit. L'œuvre est plus efficace que la parole.

Ce n'est pas à dire cependant que, entre la coutume et la loi, il y ait une opposition aussi radicale en droit qu'en fait : les deux législations pourraient et devraient s'entr'aider et se porter un mutuel et réciproque secours. Le pouvoir législatif devrait ausculter la conscience nationale avant de promulguer ses prescriptions. Rien en effet n'est plus délicat à rédiger qu'une loi. La rédaction d'un Code suppose une connaissance approfondie, non seulement des besoins actuels d'une collectivité, mais encore de sa mentalité passée et présente, de ses réactions possibles ou probables en présence des obligations nouvellement imposées. Que de lois sont demeurées lettre morte, faute d'avoir été conçues de façon vitale par ceux qui les ont édictées? Combien d'autres textes législatifs ont dû être rapportés à peine votés, en raison des soubresauts de la conscience collective que ces textes prétendaient asservir à leurs dis-

(1) Voir sur ce sujet le très remarquable ouvrage de M. Geny : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* par François Geny. Introduction de R. Saleilles — Paris, A Chevalier-Marescq, 1889, in-8°.

positions? Les lois doivent émaner des mœurs, comme la coutume elle-même et les mœurs à leur tour doivent tendre à favoriser l'action efficace des lois opportunément votées. Une législation vraiment digne de ce nom serait celle qui, tenant compte des mœurs, faciliterait la formation et le perfectionnement de la conscience humaine sans se substituer à elle. Nos sociétés menacent de sombrer sous l'amoncellement des textes destinés à les vivifier, et cela, parce que ces textes ne s'adressent plus à des consciences vivantes. Le besoin d'unifier le droit ne devrait pas faire méconnaître les aspirations incoercibles des communautés qui constituent une collectivité. L'excès de centralisation est un mal, non seulement au point de vue administratif, mais aussi au point de vue proprement moral. Si la question de la coutume intéresse encore suffisamment les esprits, même les esprits si réalistes de nos contemporains, pour que son seul nom éveille un mouvement de curiosité sympathique, n'est-ce pas précisément parce que la coutume sort, en quelque façon, des entrailles profondes des individus et des masses? Favoriser la coutume ce serait donc rendre à la conscience quelque chose de sa dignité primitive.

Le présent travail est issu, tout d'abord, du désir de dénoncer le danger que constitue *la superstition de la loi écrite*, non seulement pour le droit non écrit, ce qui serait en soi peu de chose, mais pour la vie sociale elle-même, ce qui est autrement grave. Puis, on a voulu étudier, sous le rapport proprement historique, la façon dont l'Église catholique a envisagé la coutume au cours des vingt premiers siècles de son existence.

III. — Étudier *la coutume dans le droit canonique* devait cependant apparaître comme une entreprise pour le moins audacieuse.

L'Église catholique, en effet, semblait devoir proscrire à priori toute coutume proprement dite, et cela, pour une raison interne d'abord, pour une raison externe ensuite : d'abord, dans l'Église catholique, toute autorité vient d'en Haut, selon la formule même de saint Paul : *Il n'y a point de puissance qui ne vienne de Dieu, non est potestas nisi a Deo* (Romains, XIII, 1). Or la coutume vient, primitivement du moins, d'en bas; elle sort du peuple; elle a pour fondement les habitudes stables des collectivités et pour raison d'être le désir des multitudes de se régir par leurs propres initiatives. — Puis, pour se constituer en société religieuse distincte, d'une part, de la Synagogue à laquelle elle était appelée à succéder en la transformant et, d'autre part, des divers groupements ethniques en proie aux superstitions païennes et aux pratiques idolâtriques, l'Église catholique devait se montrer d'une sévérité farouche contre le maintien ou la menace de l'invasion des coutumes rituelles en honneur tant chez les Juifs que parmi les Gentils. La fidélité

aux coutumes anciennes constituait, sous un certain aspect, un obstacle quasi insurmontable à l'établissement ou, tout au moins, à la propagation du christianisme dans le monde; le culte exagéré et mal compris des traditions familiales et nationales a servi de raison, non seulement aux Pharisiens, mais aussi à beaucoup de Juifs d'esprit plus ouvert, pour rejeter la prédication du Christ et refuser de faire partie du nouveau royaume qu'il venait instaurer. Rien ne tient tant à notre être profond que les habitudes religieuses auxquelles nous avons été initiés durant notre enfance et notre adolescence : l'atavisme religieux est peut-être le plus puissant des atavismes. — Que pouvait donc penser et faire l'Église naissante du Christ, sinon condamner avec véhémence, et presque aveuglément, toutes les pratiques religieuses qui avaient été jusqu'à son établissement celles de l'humanité? Or une telle condamnation n'impliquait-elle pas, en même temps que le rejet global de toutes les coutumes religieuses en honneur dans l'univers, une défiance particulièrement marquée pour la coutume en général?

Et néanmoins, la coutume n'a cessé d'être singulièrement en honneur dans l'Église catholique, si on en excepte la courte période durant laquelle cette société a dû lutter contre les pratiques religieuses tant juives que barbares. — Au moment même où elle demande à l'âme de bonne volonté de briser ses idoles et de rompre, soit avec les habitudes idolâtriques des ancêtres, soit avec nombre de rites désormais privés de leur symbolisme rapporté à la Synagogue, l'Église prêche la fidélité et une fidélité véritable à l'enseignement du Christ, c'est-à-dire une fidélité qui porte sur l'esprit plus encore que sur la lettre; elle instaure la notion et le culte de la Tradition; elle fait de la Tradition, c'est-à-dire de l'enseignement et de la pratique du Christ et de ses successeurs et représentants authentiques, la principale source de son dogme, l'inspiratrice de ses rites, la gardienne de sa discipline. Dès que les circonstances le lui permettent, donc dès qu'au monde païen et barbare succède un empire chrétien, l'Église proclame la légitimité des coutumes établies en conformité avec la Tradition; elle, qui a jadis prêché la destruction des pratiques les plus invétérées, elle prend la défense et la protection de toutes les manières de faire et d'être qui se réclament d'une durée ancienne et surtout séculaire. — Dès avant le Moyen Age, ses docteurs les plus avisés font une part légitime à la coutume. — Les Souverains Pontifes des ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles proclament les droits juridiques de la coutume, en attestant que son autorité est loin d'être méprisante, du moment qu'on est en présence de pratiques raisonnables. — Puis, les canonistes des siècles qui suivent envisagent la coutume avec grande faveur et lui font une place importante dans la législation ecclésiastique, et cela, au moment même où les autres sociétés la suppriment ou ne lui laissent plus qu'une sphère d'action

très restreinte (1). — Et présentement, tous les traités de droit canonique qui paraissent, suivant d'ailleurs en cela l'exemple du nouveau Code paru en 1917, ont un chapitre entier exclusivement consacré à la coutume. Les corporations religieuses ont chacune, à côté et, on pourrait dire, en marge de leurs constitutions proprement dites, un *coutumier* qui règle les moindres actes de la communauté. Les évêques à la tête de leurs diocèses entourent d'un culte presque jaloux les habitudes, religieuses et antiques, spéciales au groupement dont ils ont la charge. — Nulle part plus que dans l'Église catholique on ne parle avec fréquence et respect de la coutume.

Il convenait donc, d'abord, de recueillir avec soin les divers textes relatifs à la coutume dans la littérature ecclésiastique des différents siècles; puis, de rapprocher ces textes dans une vaste synthèse; enfin, de montrer comment de ces textes se dégage une théorie de la coutume propre au droit canonique.

C'est l'essai auquel répond ce travail qui n'a nullement la prétention d'épuiser le sujet choisi et qui se propose bien plutôt de susciter les recherches et les critiques de ceux qui s'intéressent aux questions de science, particulièrement aux questions de droit canonique.

(1) C'est l'ordonnance de Montil-lès-Tours de l'année 1453 qui, en prescrivant la rédaction officielle des coutumes en France, semble avoir porté le coup mortel à l'existence proprement juridique de ces coutumes.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES ET PLAN

Le titre même de ce travail en indique le caractère strictement historique. Si, en effet, on s'est arrêté de préférence au titre « de la coutume dans le droit canonique », et non à celui « du droit coutumier dans le droit canonique », c'est pour bien marquer qu'on entendait faire une étude d'histoire du droit, et non un traité de philosophie du droit. La question de savoir, si l'Église catholique peut ou ne peut pas posséder un droit coutumier proprement dit, a donc été évitée avec soin et demeure entière.

Le présent travail comprend cinq parties de proportions très inégales. Cette inégalité choquante, qui constitue un réel défaut au point de vue de la composition littéraire, est due, d'une part, à ce que l'histoire de la coutume ne comporte vraiment que cinq grandes étapes depuis les origines de l'Église jusqu'à nos jours, et, d'autre part, à ce que les documents relatifs à la coutume ne deviennent vraiment abondants qu'à partir du XIII^e siècle.

Voici les grandes divisions adoptées :

PREMIÈRE PARTIE

LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

SECONDE PARTIE

LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE PRIMITIF DU I^{er} SIÈCLE AU XIII^e SIÈCLE

TROISIÈME PARTIE

LA COUTUME DANS LES DÉCRÉTALES DE GRÉGOIRE IX

QUATRIÈME PARTIE

LA THÉORIE DE LA COUTUME DEPUIS LA SECONDE MOITIÉ DU XIII^e SIÈCLE JUSQU'AU DÉBUT DU XX^e SIÈCLE

CINQUIÈME PARTIE

LA COUTUME DANS LE NOUVEAU CODE DE DROIT CANONIQUE

PREMIÈRE PARTIE

LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

Cette première partie ne renfermera ni considérations abstraites ni discussions d'école; elle présentera simplement, unis entre eux méthodiquement, les divers textes de la Codification justinienne qui ont trait à la coutume. Elle permettra ainsi de se faire une idée aussi exacte que possible de la façon dont les Romains des premiers siècles de l'ère chrétienne envisageaient la coutume. Cet ouvrage en effet a pour sujet, non pas la coutume dans le droit romain, non pas même la coutume dans la dernière période du droit romain, mais la coutume dans le droit canonique. Si donc cette étude historique s'ouvre par un aperçu succinct sur la coutume dans le droit romain considéré dans son ensemble, c'est uniquement en vue de permettre de discerner, au moment voulu, l'influence plus ou moins considérable exercée par ce droit sur la législation de l'Église; car, c'est un fait indéniable, l'Église naissante s'est trouvée en présence de la législation romaine; il est dès lors impossible qu'elle n'ait pas subi l'influence des règles du droit en usage autour d'elle. D'où l'opportunité d'un regard jeté sur l'œuvre de Justinien. Le *Corpus juris civilis* ne contient pas, il est vrai, de doctrine définie sur la coutume; il ne nous présente sur ce sujet que des décisions éparses et des solutions concrètes; parfois même les divers textes rapprochés les uns des autres offrent certaines contradictions. Relier entre eux ces divers textes, et dégager des espèces particulières auxquelles ils se rapportent une vue d'ensemble, tel est l'objet de ce très court exposé.

Si brève qu'elle doive être, cette première partie comprendra six chapitres :

CHAPITRE PREMIER. — La notion de la coutume dans la Codification justinienne.

CHAPITRE II. — Le fondement et les sources de la coutume dans la Codification justinienne.

CHAPITRE III. — La valeur juridique de la coutume dans la Codification justinienne.

CHAPITRE IV. — Les conditions d'application de la coutume dans la Codification justinienne.

CHAPITRE V. — La preuve de la coutume dans la Codification justinienne.

CHAPITRE VI. — Le domaine d'application de la coutume dans la Codification justinienne.

CHAPITRE PREMIER

NOTION DE LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

Les jurisconsultes romains de la dernière période, ceux dont les *Institutes* et le *Digeste* nous transmettent les opinions et les sentences, se servent de divers termes pour désigner la coutume. Le mot « *consuetudo* », coutume, qui semblerait devoir être le plus fréquemment employé, l'est peu, du moins juridiquement parlant; et, constatation curieuse, il sert plus souvent à exprimer une manière de vivre habituelle qu'un droit proprement dit. C'est ainsi que Gaius (1) définit le mariage « l'union de l'homme et de la femme, union entraînant une manière de vivre commune et particulière »; ainsi encore que Julien (2) parle de la façon habituelle dont le père de famille cultive sa vigne; de même Pomponius (3) mentionne l'habitude qu'ont les colombes de revenir dans leur colombier, habitude qui les attache à la propriété foncière tant qu'elles ont l'esprit de retour; ainsi enfin qu'Ulpien (4) et Paul (5) affirment qu'il faut s'en rapporter à la manière habituelle de vivre du père de famille ou de la région, dans le cas de legs de pièces de monnaie, pour savoir ce qui est compris sous les termes « objets d'or ou d'argent » ou « objets mobiliers ». Il convient même de faire remarquer tout de suite que Justinien a donné au mot « *consuetudo* » un sens nouveau en l'employant, en maints endroits du Code et des Nouvelles, pour désigner des redevances ou des impôts, redevances dues aux archivistes (6) ou aux préfets du prétoire (7) ou au fisc; et que l'empereur (8) a rappelé en plus d'une circonstance à ses fonctionnaires de tous ordres qu'ils

(1) *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitæ continens* (I, *Instit.*, de patria potestate, I, 9).

(2) 54, § 2, *Dig.*, de hereditatis petitione, V, 3, Jul.

(3) 8, § 1, *Dig.*, familiæ erciscundæ, X, 2, Ulp.

(4) 75, *Dig.*, de legatis et fideicommissis, XXXII, Ulp.

(5) 32, § 2, *Dig.*, de auro argento... legatis, XXXIV, 2, Paulus.

(6) 24, § 12, *Cod.*, de sacrosanctis ecclesiis, I, 2.

(7) 2, § 35, *Cod.*, de officio præfecti prætorio Africae, I, 27.

(8) Nouvelle VIII, — Nouvelle XXX, — Nouvelle CXXIII, — Nouvelle CXXVIII et XIII^e édit du premier appendice, cap. III.

ne devaient rien réclamer à leurs administrés « au titre des coutumes » que ce qui était rigoureusement déterminé par la pratique, les lois ou les décrets.

Au terme « *consuetudo* », terme alors peu juridique, les juriconsultes préfèrent, quand ils veulent désigner la coutume ou le droit coutumier, les mots : *usus*, usage; *mos*, pratique courante ou manière habituelle de faire; *mores*, mœurs; *vetustas*, vieil usage; *antiquitas*, usage ancien; *observantia*, observance; *jus non scriptum*, droit non écrit; ou les expressions : *consuetudo diuturna*, coutume qui dure depuis longtemps; *consuetudo inveterata*, coutume enracinée ou invétérée; *consuetudo usu comprobata*, coutume confirmée par l'usage.

Pour les juriconsultes romains la coutume est, avant tout, le droit non écrit, le droit introduit par les mœurs, le droit consacré par le long usage ou de Rome ou d'une province ou d'une cité, ou encore le droit que s'est constitué le peuple sans recourir au souverain. Aussi Cicéron a-t-il dit du droit coutumier « qu'il est le droit que l'usage antique a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans l'intervention de la loi écrite. *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* » (Cicéron : *de Invent.*, II, 22).

La question de la notion de la coutume se trouve donc intimement liée à celle de l'origine de la coutume. Etudier les sources qui ont donné naissance à la coutume dans le droit romain, ce sera donc préciser et enrichir la notion même de la coutume (1).

(1) Les textes latins ont été mis à la suite immédiate de leur traduction quand ils étaient assez courts pour ne pas interrompre la lecture; ils ont été renvoyés au bas des pages dans le cas contraire.

CHAPITRE II

FONDEMENT ET SOURCES DE LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

C'est la pratique ou l'usage qui semble avoir donné naissance au droit non écrit : « Les nations humaines, dit Gaïus, se sont constitué certaines obligations, l'usage l'exigeant, sous la pression des besoins naturels à l'homme. *Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanæ quædam sibi constituerunt* » (2, *Instit.*, de jure naturali et gentium et civili, 1, 2). — « Notre droit se compose ou du droit écrit ou du droit non écrit, comme chez les Grecs, affirme Ulpien. *Constat jus nostrum, aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἑγγραφοὶ οἱ δὲ ἀγραφοὶ* » (3, *Instit.*, de jure nat., 1, 2). — « Du droit non écrit découle le droit que l'usage a confirmé; car les pratiques anciennes, confirmées par le consentement de ceux qui en font usage, imitent la loi. *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu ulentium comprobati legem imitantur* » (9, *Instit.*, de jure nat., 1, 2). — Lacédémone serait la ville où le droit non écrit aurait pris naissance. « Ce n'est pas sans discernement, semble-t-il, que le droit civil a été divisé en deux espèces; car son origine paraît découler des institutions de deux cités, à savoir d'Athènes et de Lacédémone; dans ces cités, en effet, on avait l'habitude d'agir comme il suit : les Lacédémoniens confiaient plutôt à la mémoire les prescriptions qu'ils observaient comme lois; les Athéniens au contraire se conformaient à ce qu'ils avaient trouvé écrit dans les lois. *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedemonis, fluxisse videtur; in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent, Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta reprehendissent, custodirent* » (10, *Instit.*, de jur. nat., 1, 2).

En ce qui concerne le peuple romain, Pomponius déclare : « à l'origine de notre cité, le peuple était sans loi certaine; en l'absence de droit défini, il commença tout d'abord par poser des actes, et le gouvernement de toute chose relevait de l'autorité des rois. Cependant, la cité s'étant constituée en quelque façon, Romulus lui-même, dit-on, divisa le

peuple en trente parties, appelées *curies*, parce qu'il avait alors *cure* de la chose publique au moyen des sentences rendues par ces parties. Aussi est-ce lui-même qui promulgua pour le peuple certaines lois faites par les *curies*; les rois, ses successeurs, en promulguèrent d'autres qui toutes sont consignées dans le livre de Sextus Papirius... La royauté une fois abolie, toutes ces lois tombèrent en désuétude par l'avènement de la loi tribunitienne, et le peuple romain recommença à se servir plus d'un droit incertain et de quelques coutumes que de lois promulguées... Dans la suite, et pour qu'un tel état de choses ne durât pas plus longtemps, il sembla bon que dix hommes fussent revêtus de l'autorité publique pour demander aux cités grecques leurs lois et fonder ainsi la cité sur des lois... C'est ainsi que ces lois furent appelées les lois des douze tables... Ces lois une fois portées, les discussions d'ordre judiciaire firent nécessairement leur apparition (comme cela a naturellement l'habitude de se produire) de telle façon que le besoin d'interpréter la loi fit désirer l'apparition d'hommes prudents, interprètes autorisés de la loi. Cette controverse portait sur un droit qui, sans écrit, s'était constitué par le fait des prudents et qui n'avait pas de nom propre pour le désigner,.. mais il était compris sous l'appellation commune de droit civil » (1).

Ainsi, le peuple romain aurait eu, d'abord, un droit écrit, à savoir les *Lois curiales* portées par les rois; puis, un droit coutumier dont la loi des douze tables aurait été en quelque sorte la codification; enfin, un droit jurisprudentiel, droit non écrit qui avait pour origine les réponses des prudents. L'usage, les mœurs, les réponses des prudents, voilà donc les sources du droit coutumier; l'usage et les mœurs finissent en effet par donner naissance à la coutume invétérée et juridique. Julien nous livre d'ailleurs la raison profonde pour laquelle ce droit, créé par les mœurs, a force de loi : « Ce n'est pas sans raison, dit-il, que la cou-

(1) « Et quidem initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur. Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes *curias* appellant propterea quod tunc rei publicæ *curam* per sententias partium earum expediebat. Et ita leges quasdam et ipse curiatus ad populum tulit; tulerunt et sequentes reges. Quæ omnes conscriptæ exstant in libro Sexti Papirii... Exactis deinde regibus lege tribunicia tabulæ leges hæ exoleverunt, iterumque cœpit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem... Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Græcis civitatibus et civitas fundaretur legibus... et ita... appellatæ sunt leges duodecim tabularum... His legibus latis cœpit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Hæc disputatio et hoc jus quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur,.. sed communi nomine appellatur jus civile » (2, § 1-2-3-4-5, *Dig.*, de origine juris et omnium magistratuum et successionem prudentium, I, 2, Pomponius).

tume invétérée est observée comme une loi; c'est là en effet le droit qui est dit établi par les mœurs, car les lois elles-mêmes ne nous lient par aucune autre cause, sinon parce qu'elles ont été consacrées par le jugement du peuple : dès lors, c'est à juste titre que les prescriptions, que le peuple a approuvées sans recourir à aucun texte écrit, doivent être observées par tous; car qu'importe que ce soit par son suffrage ou par ses faits et gestes mêmes que le peuple manifeste sa volonté » (1). Le consentement du peuple, voilà donc, en dernière analyse, le fondement du droit coutumier comme il l'est du droit écrit lui-même; car, il ne faut pas l'oublier : « ce qui a plu au souverain, dit Ulpien, a force de loi »; en effet, la loi royale qui a été portée par l'autorité du prince vient du peuple, en ce que c'est celui-ci qui a attribué au souverain et fait passer sur lui toute l'autorité et tout le pouvoir dont lui, peuple, est détenteur » (2). Ainsi donc la volonté du peuple serait le fondement juridique de la coutume dans le droit romain (3) et les usages, les mœurs, les réponses des prudents ne seraient que les manifestations plus ou moins indirectes de cette volonté. C'est en ce sens qu'il faut entendre la sentence de Modestin : « tout droit vient ou du consentement qui l'a créé ou de la nécessité qui l'a établi ou de la coutume qui l'a confirmé. *Ergo omne jus aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo* » (40, *Dig.*, de legibus senat., 1, 3, Modestinus).

Mais quelle est la valeur juridique de la coutume dans le droit romain?

(1) « Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptæ sunt, merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? » (32, § 1, *Dig.*, de legibus senatusque consultis et longa consuetudine, 1, 3, Julianus.)

(2) « Quod principi placuit, legis habet vigorem : utpote cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat » (1, *Dig.*, de const. Princ., 1, 4, Ulpianus).

(3) Puchta dans son traité *Das Gewohnheitsrecht* s'efforce de démontrer que la coutume n'est en aucune façon la source du droit coutumier, mais qu'elle est tout au contraire un produit et une des manifestations de ce droit. Pour Puchta comme pour son école, le seul fondement du droit coutumier c'est la conviction juridique nationale ou populaire : c'est le peuple qui crée le droit coutumier, c'est l'ensemble du peuple qui se donne, en quelque sorte instinctivement et automatiquement, les règles de conduite auxquelles il obéira sans l'intervention d'aucune autorité distincte de lui; la coutume ou l'usage n'est que la manifestation ou mieux une des manifestations de cette conscience juridique. D'où il résulterait que la formation de tout droit coutumier est nécessairement démocratique et qu'un tel droit ne peut se rencontrer dans une société où tout est soumis à l'autorité souveraine d'un législateur distinct du peuple. Puchta étaye sa théorie philosophique sur des arguments solides. (Puchta : *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1 vol. in-8°, 1828.) La théorie de Puchta sera d'ailleurs moins brièvement exposée quand on étudiera la coutume dans le droit canonique durant le XIX^e siècle.

CHAPITRE III

VALEUR JURIDIQUE DE LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

Le premier effet de la coutume, sa principale fonction, c'est d'imiter la loi, donc de créer des obligations véritables au même titre que la loi écrite. « Dans les causes où nous n'avons pas recours aux lois écrites, il faut tenir compte de ce qui a été introduit par les mœurs et la coutume; et, si sur ce point la coutume à son tour faisait défaut, il faudrait alors considérer le cas le plus proche et qui en découle; si ce nouvel examen restait sans résultat, lui aussi, il faudrait observer le droit dont se sert la ville de Rome » (1). Ainsi s'exprime Julien. — « Il est habituel qu'on considère la coutume ancienne comme droit et loi dans les matières qui ne découlent pas du droit écrit » (2), affirme à son tour Ulpien. — « Ce qui a été confirmé par une longue coutume et ce qui a été observé pendant nombre d'années doit être regardé comme droit, à titre de convention tacite des citoyens, non moins que ce qui a valeur de loi écrite » (3), conclut Hermogénien. — Le premier effet de la coutume est donc bien de créer le droit par imitation de la loi écrite.

La coutume a d'ailleurs d'autres effets : elle est la meilleure interprète des lois, au dire de Paul. « S'il s'agit d'interpréter une loi écrite, il faut tout d'abord examiner quel est le droit dont s'est servi autrefois la cité dans les cas de ce genre : car la coutume est la meilleure interprète des lois » (4). — Callistrate dit de même : « Notre empereur Sévère a publié un rescrit relatif aux ambiguïtés qui proviennent des

(1) « De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est : et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus quo urbs Roma utitur, servari oportet » (32, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Julianus).

(2) « Diuturna consuetudo pro jure et lege in his quæ non ex scripto descendunt observari solet » (33, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Ulpianus).

(3) « Sed et ea, quæ longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quæ scripta sunt jura servantur » (35, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Hermogenianus).

(4) « Si de interpretatione legis quæretur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset : optima enim est legum interpret consuetudo » (37, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Paulus).

lois écrites. Dans ce rescrit, il déclare que la coutume doit obtenir force de loi, tout comme ont autorité les choses qui ont été toujours jugées de la même façon » (1).

Bien plus, et c'est la troisième vertu de la coutume, les mœurs servent de base aux jugements au même titre que les lois et les constitutions : « Le juge, lit-on dans les *Institutes*, doit avant tout observer ceci, à savoir qu'il ne doit rendre de jugements que conformément à ce qui a été mis au grand jour par les lois ou les constitutions ou les mœurs » (2).

La coutume peut même, et c'est son quatrième effet, abroger la loi si la pratique générale a laissé tomber la loi en désuétude : « C'est en effet à très juste titre, affirme Julien, qu'il est admis communément que les lois sont abrogées, non seulement par la décision de celui qui les a portées, mais aussi par désuétude en raison du consentement tacite de tous » (3).

La valeur juridique de la coutume est donc considérable; elle est si considérable que les empereurs romains ont pris soin de la signaler, en plusieurs circonstances, à leurs préfets et aux gouverneurs de province. C'est d'abord l'empereur Alexandre qui, en 224, écrit à Aprus : « Le gouverneur de province rendra son jugement, la cause une fois instruite, après avoir recueilli les preuves de ce qui a coutume d'être décidé dans la ville au sujet des différends du même genre; car la coutume qui existe antérieurement est à garder aussi bien que la raison sur laquelle cette coutume s'appuie, et le gouverneur de la province devra veiller avec un soin jaloux à ce que rien ne se fasse de contraire à une coutume qui a une longue durée » (4). — Puis c'est l'empereur Constantin qui,

(1) « Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quæ ex legibus profisciscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis optinere debere » (38, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Callistratus).

(2) « Et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est » (I, *Instit.*, de officio iudicis, IV, 17).

(3) « Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur » (32, *Dig.*, de lege. senat. et long. cons., I, 3, Julianus). — Il conviendrait d'insister, s'il ne s'agissait d'un exposé très succinct, sur la force abrogatoire de la coutume et sur la célèbre controverse soulevée à cette occasion. Mais pour cette question, comme d'ailleurs pour toutes celles qui ont trait à la coutume dans le droit romain, il sera bon d'étudier le premier chapitre du très savant ouvrage de Brie : *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, eine historisch-dogmatische Untersuchung*, von Dr Siegfried Brie, Breslau, 1899, in-8°.

(4) « Praeses provinciae probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet, nam et consuetudo præcedens et ratio quæ consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit præses provinciae » (*Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52, Imp. Alexander, A. Apro evocato A. 224).

en 319, déclare à Procul, dans un texte fameux qui sera rappelé maintes fois au cours de ce travail, que « l'autorité de la coutume et de l'usage très ancien n'est pas méprisable, mais que cependant elle ne saurait aller jusqu'à vaincre ou la raison ou la loi » (1). — Ce sont ensuite les empereurs Léon I et Anthémius qui, après avoir déclaré que « la coutume approuvée depuis longtemps et observée opiniâtement imite les lois elles-mêmes et possède la même vertu », prescrivent en 469 à Alexandre que « ce qui a été établi par les prétoires, les curies, les cités, les corps d'officiers supérieurs ou les collèges, obtienne force de loi perpétuelle » (2). — Enfin c'est Justinien qui, en 530, dans l'ordonnance par laquelle il mande à Tribonien de rédiger le *Digeste*, lui enjoint « de ne pas introduire dans la nouvelle codification les lois qui, renfermées dans les anciens recueils, sont tombées en désuétude : car nous voulons seulement recouvrir de notre autorité, ajoute-t-il, ou ce qui a été consacré par des jugements très fréquents, ou ce que la longue coutume de la ville de Rome a approuvé, selon la formule de Salvius Julianus, lequel déclare que toutes les cités doivent suivre la coutume de Rome qui est la capitale du monde entier, et non pas Rome suivre celle des autres cités » (3).

Ainsi donc, la coutume a des effets juridiques considérables, encore que ces effets soient limités et que la coutume ne puisse les produire qu'autant qu'elle réalise certaines conditions qu'il importe d'indiquer au moins sommairement.

(1) « Consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem » (Imp. Constantinus A. ad Proculum, VIII Kal. maii, a. 319, 2, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52).

(2) « Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet; et quod officiis curiis civitatibus principiis vel collegiis præstitum fuisse cognoscitur, perpetuæ legis vicem obtinere statuimus » (Imp. Leo et Anthémius AA. Alexandro, Datum VII, id. sept., Zenone consule, a. 469, 3, *Cod.*, q. s. l. c., VIII, 52).

(3) « Sed et si quæ leges in veteribus libris positæ jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus, cum hæc tantummodo optinere volumus, quæ vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit vel longa consuetudo hujus almae urbis comprobavit, secundum Salvii Juliani scripturam, quæ indicat debere omnes civitates consuetudinem Romæ sequi, quæ caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates ». Data octavo decimo calendas Januarias Constantinopoli, Lampadio et Oreste viris clarissimis consulibus, a. 530. — 10, *Dig.*, pref. de Concept. digest., Constitutio Deo Auctore. — Salvius Julianus rédigea l'édit perpétuel sur l'ordre de Hadrien en 131.

CHAPITRE IV

CONDITIONS D'APPLICATION DE LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

Pour être valable, la coutume doit tout d'abord ne pas reposer sur l'erreur. « Ce qui n'a pas été introduit par la raison, mais ce qui ayant été introduit, d'abord, par erreur a obtenu, ensuite, force juridique par la coutume, n'a pas de valeur pour les cas semblables » (1), affirme Celse. C'est cette même qualité de la coutume, à savoir la conformité à la raison, que Constantin exige en déclarant que, si forte que soit l'autorité de la coutume, elle ne saurait vaincre la raison (2). Et Justinien insiste, lui aussi, sur le caractère raisonnable que doit avoir toute coutume quand, d'une part, il prescrit au préteur de Pisidie de ne pas considérer comme légitimes les taxes qui proviennent d'une coutume nuisible (3); et quand, d'autre part, il interdit aux gouverneurs des provinces de perpétuer le paiement des redevances injustement prélevées par leurs prédécesseurs, sous prétexte de coutumes anciennes: car, dit-il, pour les pratiques qui ont été introduites d'une façon répréhensible, nous ne voulons pas qu'elles obtiennent confirmation, même par la longue coutume (4).

Non déraisonnable ou non nuisible, la coutume doit, en second lieu, ne pas s'opposer à la loi. L'autorité de la coutume n'est sans doute pas méprisable, mais elle ne saurait aller jusqu'à vaincre la loi: c'est Constantin qui le proclame (5). Et quand Justinien établit dans sa nouvelle

(1) « Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet » (39, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Celsus). — Ce texte de Celse, ainsi que plusieurs autres déjà cités, sera longuement discuté par les glossateurs du XIII^e siècle; pour le moment ces textes sont entendus dans leur sens littéral.

(2) 2, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52.

(3) « Neque ea quæ ex consuetudine maligna fiunt præcepta suscipere... » (Nouvelle XXIV, de Pisidiæ prætore, cap. 3, Imp. Justinianus Aug. Johanni, pp.).

(4) « Male enim adinventæ nec ne longa consuetudine confirmantur » (Nov. CXXXIV, cap. I in fi., Justinianus Musonio præfecto urbis). — Voir aussi 38, § 2, *Cod.*, de episcopis et clericis, I, 3, où, à propos d'un impôt que voulaient introduire les évêques, en forçant les fidèles à offrir des fruits ou des moyens de transport, on lit: « Aucune coutume ne peut introduire un impôt aussi absurde. Neque ulla consuetudo obtinere valeat quæ tam absurdam exactionem inducat. »

5) 2, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52.

CVI un droit particulier en faveur des gens de mer, droit qu'il fonde sur les coutumes antérieurement en usage, il prend bien soin de faire remarquer que, s'il confirme ce droit coutumier très spécial, c'est parce qu'il n'est pas en opposition avec les lois déjà existantes (1).

Non déraisonnable, non en opposition avec les lois en vigueur, la coutume doit, en troisième lieu, avoir une durée longue et ininterrompue. Les juristes insistent toujours sur ce point : c'est de la coutume invétérée, *inveterata*, que parle Julien (2); de la coutume ancienne, *diuturna*, que parle Ulpien (3); et Hermogénien (4) est plus explicite : en effet, ce sont « les pratiques qui ont été confirmées par une longue coutume et observées pendant de nombreuses années, — *quæ longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata*, — qui, seules, sont déclarées avoir la même valeur juridique que les droits écrits, puisqu'elles manifestent comme une convention tacite des citoyens. Justinien ne fait que rappeler, en d'autres termes, ce caractère de continuité que doit présenter toute coutume valable, quand il mentionne que « c'est depuis fort longtemps, et sans changement, que les gens de mer ont coutume de prendre des intérêts plus élevés, comme le prouvent les témoignages recueillis. Comment cela ne serait-il pas juste dès lors, conclut Justinien, et comment cela n'aurait-il pas force juridique dans l'avenir, puisque c'est depuis de bien longs temps et d'une façon immuable qu'il en est ainsi » (5).

Mais la coutume, même si elle réalise les conditions requises pour sa validité, doit pouvoir être prouvée.

(1) « Sancimus secundum quod testatum est coram tua celsitudine ita nunc et deinceps in omne tempus tenere, eo quod neque jam positis repugnant legibus » (Nov. CVI, de usuris nauticis, § 1). — Pline le Jeune a soumis à Trajan un cas qui, quoique non mentionné dans la Codification justinienne, vaut la peine d'être rappelé. Une loi publiée par Pompée, en vertu de son *imperium* pour la province de Bithynie, défendait de recevoir dans la curie d'une ville des citoyens d'autres villes. Or cette défense n'avait pas été observée depuis longtemps. Pline, nommé gouverneur de Bithynie, recourt à l'empereur pour savoir comment il doit agir et il lui demande expressément si les citoyens qui ont été admis dans la curie, contrairement à la loi, doivent en être exclus. Trajan tranche habilement le cas, mais en évitant toute considération juridique. Il répond donc à Pline qu'il comprend son hésitation, car la longue coutume, *longa consuetudo*, qui existe en Bithynie est en opposition avec une loi; cependant, pour éviter tout désordre, il convient de prendre la décision suivante : les étrangers admis dans la curie à titre de citoyens continueront à jouir de leur titre; mais, à l'avenir, on devra se conformer à la loi.

(2) 32, *Dig.*, de leg. senat. et long. cons., I, 3, Julianus.

(3) 33, *Dig.*, eod., tit., I, 3, Ulpianus.

(4) 35, *Dig.*, eod. tit., I, 3, Hermogenianus.

(5) « Quod enim longis ita servatum est temporibus et tenuit immutabiliter, sicut testimonia apud tuam gloriam definierunt, quomodo non est justum et in aliis omnibus valere quæ postea erunt » (Novelle XVI, de usuris nauticis, cap. I).

CHAPITRE V

PREUVE DE LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

Il semble bien que, à l'origine, alors que le droit coutumier était le droit prépondérant, sinon le seul droit existant, la preuve de l'existence des coutumes était inutile; la pratique de tous les jours devait servir de preuve péremptoire au droit coutumier invoqué. C'est d'ailleurs le sens, trop littéral et par là même en partie inexact, qu'on est tenté de donner à cette sentence de Paul : « le droit coutumier jouit d'une si grande autorité qu'il est prouvé, au point qu'il n'est pas nécessaire de le consigner par écrit » (1).

Mais, avec les progrès de la civilisation, le droit coutumier devint plus difficile à connaître d'une part, et il vit son domaine se restreindre d'autre part : la législation écrite s'est en effet partout substituée progressivement au droit coutumier. Dès lors la preuve de la coutume dut être fournie (2). Or deux cas pouvaient se présenter : ou bien la coutume invoquée avait déjà été reconnue et consacrée par un jugement contradictoire; et, en ce cas, il suffisait d'invoquer le jugement rendu, pour que la coutume soit reconnue juridiquement, valable et considérée comme prouvée : « quand quelqu'un semble s'appuyer sur la coutume d'une cité ou d'une province, affirme Ulpien, je pense qu'il faut d'abord

(1) « Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere » (36, *Dig.*, de leg. senat. cons. et longa consuetudine, I, 3, Paulus).

(2) Grande discussion entre les juristes pour savoir si la preuve de la coutume devait être fournie par les parties ou s'il suffisait à la partie qui voulait bénéficier de l'application de la coutume de l'invoquer. « Le juge doit connaître le droit. Or la coutume est un droit. Donc les parties n'ont pas à prouver l'existence de la coutume ». C'est du moins de cette façon, somme toute très logique, que raisonnent beaucoup de juristes. — En théorie cette argumentation semble rigoureusement exacte. En pratique a-t-elle obtenu la même faveur? C'est fort douteux et plusieurs textes du *Corpus juris civilis* semblent indiquer que, dans la période de décadence du droit coutumier, c'était aux parties qu'il incombait de fournir la preuve de l'existence de la coutume, la coutume étant considérée dès lors, non plus comme un droit, mais bien comme un simple fait que le juge n'a pas à connaître de lui-même.

considérer si la coutume a déjà été confirmée par un jugement rendu contradictoirement » (1); ou bien la coutume n'avait pas encore reçu la consécration ni du juge ni du législateur, et alors force était de faire la preuve par témoins et de déférer le serment à ces témoins pour établir l'existence ancienne de la pratique invoquée. A la vérité, la Codification justinienne ne dit pas comment s'établit la preuve par témoins, mais elle montre clairement dans la novelle CVI déjà citée que les témoins étaient appelés, d'abord, à affirmer l'existence du droit invoqué et, ensuite, à prêter serment; ce n'était même que, en raison du témoignage fourni et du serment prêté, que la coutume obtenait force juridique. Le cas concret, visé par la novelle CVI, est d'ailleurs si net; il fait si clairement mention des diverses conditions auxquelles doit satisfaire une pratique de fait avant d'être reconnue comme juridiquement valable; il insiste si particulièrement sur la nécessité du serment que doivent prêter les témoins, qu'il convient de reproduire les parties essentielles de ce texte fort curieux.

Pierre et Euloge nous exposent qu'ils ont l'habitude de prêter de l'or aux patrons des navires et surtout aux négociants qui font le trafic maritime. L'intérêt qu'ils réclament en raison de ces prêts est-il légitime? Justinien répond : « il faut, *oportere*, — voici la nécessité de faire la preuve de la coutume bien affirmée, — qu'on rende manifeste la coutume qui existe en matière de prêts maritimes pour que notre ordonnance donne à la coutume sa forme définitive. Votre autorité (Justinien s'adresse à Jean, préfet d'Orient); ayant reçu de notre part l'ordre d'agir, a donc convoqué les gens de mer qui ont souci de ces sortes de prêts et elle les a interrogés, — voici mise en évidence la raison de la convocation faite, — sur l'existence de l'antique coutume : « *quæ aliquando antiqua consuetudo fuit* ». Or, ces gens de mer, ajoutant le serment à leur témoignage : « *illos autem et iusjurandum adicientes testimonium perhibuisse* », — deux choses sont exigées des témoins convoqués : une déposition et un serment, — ont déclaré que les taux des prêts maritimes étaient, en effet, divers et variés. Nous donc, lisant ce qui a été fait et après avoir étudié la cause, nous sanctionnons ce qui a été attesté devant votre Majesté et nous déclarons, — voici la sentence, — que cela vaudra maintenant et dans l'avenir : « *sancimus quod testatum est... ita nunc et deinceps in omne tempus tenere* »; — et Justinien motive sa décision; — car, d'une part, les attestations produites ne contredisent pas les lois déjà existantes, et, d'autre part, ce qui a été observé pendant de longues périodes de temps et ce qui a été

(1) « Cum de consuetudine civitatis vel provinciæ confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit » (34, *Dig.*, de leg. senat. et longa cons., I, 3, Ulpianus).

pratiqué d'une façon immuable, — les conditions de validité d'une coutume sont nettement mentionnées, — n'est-il pas juste que cela ait force juridique dans tous les cas semblables à l'avenir et que les affaires commerciales de droit maritime aient leur législation à part, législation valable pour tous les contrats qui seront établis, législation insérée dans notre Codification, législation obligeant les juges à conformer leurs sentences à ce droit ainsi défini (1).

Ainsi donc, seule, une pratique ancienne, continue et non contraire aux lois existantes, était susceptible dans la dernière période du droit romain (la nouvelle CVI est de 540) d'être reconnue comme droit ou par le législateur ou par le juge, une fois la preuve de cette coutume faite par témoins assermentés.

Le droit maritime est, il est vrai, une des matières privilégiées de la coutume; mais il n'est pas le seul domaine d'application du droit coutumier. Un exposé de « la coutume dans la Codification justinienne » réclame donc une énumération des principaux cas, dans lesquels la coutume semble avoir joué un rôle plus ou moins considérable chez les Romains.

(1) Nov. CVI, de usuris nauticis, Justinianus Aug. Johanni pp. Orientis. — Brie fait remarquer (*op. cit.*, cap. I, § 6) que cette nouvelle CVI a plus ou moins été annulée par la nouvelle CX qui lui est postérieure d'une année. Mais la façon, dont la preuve des coutumes était fournie, n'en est pas moins décrite exactement dans la nouvelle CVI.

CHAPITRE VI

DOMAINE D'APPLICATION DE LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

Voici énumérés quelques-uns des principaux cas concrets, mentionnés dans la Codification justinienne, comme relevant du droit coutumier, ou comme manifestant l'existence de fait de certaines coutumes :

1^o. — Ce sont les mœurs qui ont établi que c'est aux parents qu'il appartient de faire le testament de leurs enfants impubères (1, *Instit.*, de pupillari substitutione, II, 16).

2^o. — Un mode de cautionnement avait plu à l'antiquité; un autre mode a été établi par l'usage (1, *Instit.*, de satisfactionibus, IV, 11).

3^o. — Le droit de puissance a été réglé par les mœurs; dès lors quel qu'un ne peut cesser d'être sous la puissance de son père ou de son tuteur que dans les cas mêmes où les enfants sortent régulièrement de tutelle (8, *Dig.*, de his qui sui vel alieni juris sunt, I, 6, Ulpianus).

4^o. — C'est la coutume qui veut que le proconsul entre dans sa province par telle région plutôt que par telle autre (4, § 5, *Dig.*, de officio procónsulis et legati, I, 16, Ulpianus).

5^o. — Le proconsul doit donner les fêtes selon les mœurs et la coutume (7, *Dig.*, de officio proconsulis et legati, I, 16, Ulp.).

6^o. — Les gouverneurs de province ont l'habitude de fixer d'après la coutume de chaque lieu le temps des moissons et des vendanges (4, *Dig.*, de feriis et dilationibus et diversis temporibus, II, 12, Paulus).

7^o. — Une coutume existe dans certaines régions, selon laquelle on est autorisé à extraire des pierres d'une carrière, en se contentant de donner aux propriétaires la compensation accoutumée, pourvu qu'on ne nuise pas au propriétaire en lui enlevant la pierre qui lui est nécessaire (13, *Dig.*, communia prædiorum, VIII, 4, Ulp.).

8^o. — Les mœurs interdisent aux femmes la plupart des fonctions civiles, à fortiori doit-on leur interdire de répondre pour autrui (1, *Dig.*, ad senatusconsultum Velleianum, XVI, 1, Paulus).

9^o. — Dans les jugements de bonne foi, le taux des intérêts doit être calculé selon la décision du juge, d'après la coutume de la région où l'on a contracté, de telle façon cependant qu'on n'offense pas la loi (1, *Dig.*,

de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora, XXII, 1, Papinianus). — De même, les intérêts, dus par un tuteur en défaut sont calculés selon la coutume de la province (7, § 10, *Dig.*, de administratione et periculo tutorum et curatorum, XXVI, 7, Ulpianus).

10°. — Le droit pour l'affranchi d'épouser sa mère adoptive ou sa sœur adoptive vient des mœurs et n'est pas reconnu comme droit par la loi (8, *Dig.*, de ritu nuptiarum, XXIII, 2, Pomponius).

11°. — Les mœurs créent certains empêchements de mariage (39, *Dig.*, de ritu nuptiarum, XXIII, 2, Paulus).

12°. — Les mœurs enlevaient au prodigue l'administration de ses biens avant que la loi des XII tables ne l'ait ainsi décidé (1, *Dig.*, de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis, XXVII, 10, Ulpianus).

13°. — Pour les divers impôts dus à l'État, c'est la coutume qui est habituellement considérée, et cela est prévu par les principales constitutions (4, § 2, *Dig.*, de publicanis et vectigalibus et commissis, XXXIX, 4, Paulus).

14°. — La coutume et la loi publique veulent que les interdits, relégués et déportés ne reçoivent, ni héritage, ni legs, ni fidécourmis, mais l'empereur, dans un cas qui lui est soumis, donne la permission de laisser par testament une pension alimentaire aux condamnés (16, *Dig.*, de interdictis et relegatis et deportatis, XLVIII, 22, Marcianus).

15°. — Dans les obligations et les autres contrats, on exécute ce qui a été établi; si ce qu'on a établi n'apparaît pas clairement, on s'en tient à ce que la coutume régionale détermine; si la coutume locale n'est pas bien déterminée ou si elle est variable, on réduit l'obligation au minimum (34, *Dig.*, de diversis regulis juris antiqui, L, 17, Ulpianus).

16°. — Arcadius et Honorius ordonnent que les fêtes profanes soient célébrées selon l'ancienne coutume, mais sans sacrifice païen ni superstition condamnable (4, *Cod.*, de paganis sacrificii et templis, I, 11, en 399).

17°. — La coutume de longue durée équivaut à une longue servitude si celui qui est cité en justice possède sans violence, ouvertement et non à titre précaire (1, *Cod.*, de servitutibus et de aqua, III, 34, Imp. Antoninus en 211). — Bien remarquer le rapport établi par ce texte entre la possession de longue durée, appelée déjà et à tort coutume, et la servitude.

18°. — L'usage de l'eau est réglé par la coutume (6, *Cod.*, de servitutibus et de aqua, III, 34, Imp. Claudius en 269).

19°. — L'antique coutume doit continuer à régler la question de l'entretien et de la nourriture des fonctionnaires et de leur famille (9, *Cod.*, de jure fisci, X, 11, Imp. Honorius et Theodosius en 420).

20°. — La coutume détermine la quotité des largesses impériales

(4, *Cod.*, de canone largitionum titulorum, X, 23, Leo et Anthemius en 468).

21°. — La coutume exemptait d'impôts certains commerçants fournisseurs de l'empereur (7, *Cod.*, de excusationibus munerum, X, 48, Imp. Constantius). — Voir aussi 1, *Cod.*, in quibus causis coloni censiti dominos accusare possunt, XI, 50, Imp. Constantinus; et 23, *Cod.*, de agricolis, censitis vel colonis, XI, 48, Imp. Justinianus en 531 et 534.

22°. — Une coutume honteuse autorisait les inspecteurs des provinces à faire jeter en prison leurs sujets sans interrogatoire préalable; cette coutume doit être abolie (1, *Cod.*, de curiosis, XII, 22, Imp. Constantius en 355).

23°. — La coutume régissait les transports d'animaux pour services publics et les transports d'armes ainsi que leur fabrication (22, *Cod.*, de cursu publico, angariis et parangariis, XII, 50, Imp. Leo, sans date).

24°. — Justinien permet aux paysans de tester selon leur ancienne coutume (31, *Cod.*, de testamentis : quemadmodum testamenta ordinantur, VI, 23, Imp. Justinianus en 534). Cette constitution est particulièrement intéressante à étudier.

25°. — Encore en matière de testament, Justinien autorise que la désignation des héritiers se fasse, non selon la disposition de la novelle CIX, mais selon l'ancienne coutume, pourvu que, pour les autres formalités, le testament soit conforme à la loi (Novelle CXIX, caput 9, ut sponsalicia largitas specialis sit contractus et de diversis capitulis, en 544).

26°. — Justinien déclare que les préséances continueront à être réglées selon l'ancienne coutume (Novelle XXIV, caput 4, de prætore Pisidiæ, Imp. Justinianus en 535).

27°. — La coutume règle la question des intérêts en matière de droit maritime (c'est la Novelle CVI déjà citée et reproduite en partie plus haut).

28°. — Justinien défend aux ouvriers, artisans, agriculteurs, matelots d'augmenter contrairement à l'ancienne coutume le taux de leurs salaires (Novelle CXXII, Edictum de Constitutione artificum, Imp. Justinianus en 544).

29°. — La coutume qui régnait en Mésopotamie et en Osroène, coutume selon laquelle les colons de terres appartenant à divers propriétaires se mariaient entre eux, est condamnée pour l'avenir par Justinien; mais les mariages déjà contractés ne doivent pas être cassés par les propriétaires des colons (Novelle CLVII, de colonis qui in alienis prædiis nuptias contraxerunt, Imp. Justinianus en 542).

30°. — Justinien règle, conformément à l'ancienne coutume, la question des diverses largesses distribuées par les évêques nouvellement consacrés (Novelle CXXIII, caput III, de sanctissimis et Deo amabi-

libus et reverentissimis episcopis et clericis et monachis, Imp. Justinianus en 546).

31°. — Justinien consacre les coutumes et privilèges concédés à la ville de Rome pour la réparation des ateliers publics ou bien pour l'entretien du lit du Tibre, du forum, du port et des aqueducs de Rome (II^e appendice, VII^e Constitution, § 25, ut fabricæ publicæ serventur).

32°. — Justinien recommande de traiter avec respect tout ce que les anciens ont décrété. Cette très curieuse recommandation est contenue dans l'ordonnance relative « au privilège du concile de Byzacène », ordonnance qui date de 542 et qui figure dans le second appendice de la Codification justinienne sous le numéro III. Ce document, qui est une des dernières prescriptions du *Corpus juris civilis*, préconise trop le respect et le culte de la tradition pour ne pas être reproduit (1) :

III. — Ordonnance de l'empereur Justinien relative au privilège du concile de Byzacène.

Flavius Justinien, empereur, à Dacianus, métropolitain de Byzacène.

« Notre soin a toujours été de conserver les pratiques anciennes, surtout en matière disciplinaire, et nous n'avons jamais présumé d'y toucher, sinon pour les améliorer. Cela est particulièrement vrai toutes les fois que, relativement à des affaires ecclésiastiques, surgit une question qui a été définie nettement par les règlements des Pères, bien plus

(1) III, Jussio Justiniani Imperatoris pro privilegio concilii Byzaceni.

Imperator Flavius Justinianus Daciano metropolitano Byzacii.

« Semper nostræ serenitati cura fuit servandæ vetustatis maxime disciplinæ, quam nunquam contempsimus, nisi et in melius augeremus; præsertim quoties de ecclesiasticis negotiis contingit quæstio, quæ patrum constat regulis definita, immo adventu superni numinis inspirata, quia constat esse cœlitus constituta quicquid apostolica decernit auctoritas. Hinc est quod in Africanis quoque conciliis illa volumus reservari, quæ antiquitas statuit et sequentium obedientia custodivit atque in nostrum usque sæculum intemerata perduxit. Nullus inter primates illud sibi privilegium vindicet quod accepisse non legitur, nullus adripiat quod habuisse jugiter non probatur; nec de rescriptis ad unius suggestionem promeritis aut de exemplis consuetudinem violantibus cujuslibet sibi blandiatur ambitio. Illud pro lege servandum est, quod conciliis definitum servavit devota posteritas; nam quæ quis in præjudicium statutorum quibuslibet rebus usurpavit, corrigenda potius quam imitanda censemus. Si quid igitur metropolitano Karthaginis vel primatibus Numidiæ vel Byzacii conciliorum auctoritas præstitit et inoffensa consuetudo servavit, hoc sibi quisque optet, hoc vindicet, hoc nostra speret sanctione firmari. Nos tutores tantum sumus vetustatis et vindices; nec deerit ecclesiastica vindicta vel nostra in eos, qui aut ambitiosa superbia aut subrepticis postulationibus antiquitatem temerasse docebuntur, quoniam ad divinitatis tendit injuriam, qui sanctorum patrum constituta contemnere ac violare non metuit ».

Dat. IIII Kal. novemb. imp. dn. Justiniani anno XVI (an. 542).

qui a été suggérée par l'inspiration de la puissance d'en haut; car il est manifeste que c'est le ciel qui a établi tout ce que l'autorité apostolique a décrété. En conséquence, nous voulons que les conciles d'Afrique conservent intact tout ce que l'antiquité a institué et que l'obéissance des âges suivants a gardé et qui est parvenu jusqu'à nous sans changement. Que, parmi les primats, aucun ne réclame donc pour lui un privilège qu'on ne lit pas lui avoir été attribué, qu'aucun ne s'adjuge rien dont il ne puisse prouver la possession ininterrompue. Que l'ambition de personne ne se réclame, soit de rescrits accordés sur la demande d'un particulier, soit d'exemples violant la coutume. Il faut considérer comme loi tout ce qui, défini par les conciles, a été observé avec piété par les générations suivantes; car nous pensons qu'il faut plus corriger que reproduire ce qui est le résultat d'usurpations faites au détriment des règlements établis. Si donc le métropolitain de Carthage ou les primats de Numidie ou de la Byzacène ont obtenu quelque privilège de l'autorité des conciles et de l'observance constante de la coutume, qu'ils en jouissent chacun pour leur compte, qu'ils le revendiquent; qu'ils soient convaincus que notre autorité le sanctionnera. Nous ne sommes en effet que les protecteurs et les défenseurs de ce qui est antique; et la justice ecclésiastique ou la nôtre ne manquera pas de poursuivre ceux qui enseigneront qu'il est permis de violer les décisions anciennes, soit par une ambition orgueilleuse, soit par des demandes subreptices : car ils ne tendent à rien moins qu'à faire injure à la Divinité ceux qui ne craignent pas de mépriser ou d'enfreindre les constitutions des saints Pères ».

Donné le 4 des calendes de novembre de la seizième année de l'empire de Justinien (en 542).

Tels sont, dans leur ensemble, les principaux textes du *Corpus juris civilis* qui ont trait à la coutume. Ces textes, dont la date d'apparition s'échelonne entre les premières années du second siècle et le milieu du sixième siècle, n'ont, il est vrai, pour un grand nombre du moins, obtenu force de loi que par le fait de leur insertion dans la Codification prescrite par l'empereur Justinien; cependant, ils n'en permettent pas moins de connaître les différentes matières sur lesquelles la coutume exerçait de préférence son action, dans l'empire romain, durant les premiers siècles de l'ère chrétienne. A ce titre ils méritaient d'être signalés.

Mais il est temps de quitter le domaine du droit civil pour entrer dans le domaine du droit ecclésiastique. Aux Pères et aux Docteurs de l'Église de prendre la parole maintenant. Ils vont d'ailleurs parler en leur nom personnel et sans recourir à l'autorité du législateur, soit ecclésiastique, soit civil. Ils ne feront pas appel au législateur ecclésiastique, parce que, sur la coutume, il n'y a pas encore de règle canonique définie; et ils ne feront pas appel davantage au législateur civil, parce qu'ils considé-

reront à juste titre que ce législateur n'a pas autorité en matière ecclésiastique (1).

(1) Le fait de présenter les textes des Pères de l'Eglise à part des textes des juriconsultes romains offre un inconvénient : l'ordre chronologique n'est pas respecté et des textes, qui ont vu le jour à des dates tout au moins rapprochées, se trouvent figurer dans deux séries sans doute parallèles en droit, mais successives en fait ; ils semblent ainsi demeurer sans rapport les uns avec les autres. Pour éviter cet inconvénient, il eût fallu entremêler les textes du droit romain et ceux des Pères de l'Eglise, sans tenir compte de l'origine ou civile ou ecclésiastique de ces textes, pour ne s'arrêter qu'à la date même du document, date connue avec plus ou moins de certitude. Ce procédé, qui eût offert certains avantages, n'aurait cependant pas suffisamment sauvegardé le caractère de l'étude entreprise. L'étude présentée a en effet pour titre : *La coutume dans le droit canonique*. Dès lors il importait de séparer le mieux possible les textes ecclésiastiques des textes civils. — Par ailleurs, la législation romaine n'est certainement pas la seule à avoir exercé son influence sur la législation ecclésiastique. *Les institutions juives et les diverses lois barbares* ont pu elles aussi contribuer en quelque façon, encore que pour une part beaucoup moindre, à la formation du droit dans l'Eglise. Une étude de ces différentes institutions et lois permettrait de montrer la part faite à la coutume chez les peuples avec lesquels l'Eglise catholique est peu à peu entrée en contact. Si donc on s'est contenté dans cette première partie de citer les textes du droit romain, et du droit romain seulement, relatifs à la coutume, c'est parce que ces textes ont joué un rôle particulièrement prépondérant dans la formation du droit canonique, grâce à la renaissance des études du droit romain aux ^x^e et ^{xii}^e siècles. (Sur les coutumes des différents peuples on trouvera des renseignements importants dans Mitteis : *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891.)

SECONDE PARTIE

LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE PRIMITIF DU I^{er} SIÈCLE AU XIII^e SIÈCLE

LA COUTUME S'INTRODUIT DANS L'ÉGLISE CATHOLIQUE COMME UN FAIT ET Y JOUE UN RÔLE RELATIVEMENT IMPORTANT

Durant les douze premiers siècles de l'ère chrétienne, les écrivains ecclésiastiques invoquent souvent la coutume sans avoir de doctrine proprement dite sur ce sujet. En cette matière, ils se laissent souvent guider par les besoins de la cause qu'ils défendent, tantôt acceptant avec trop de facilité et de complaisance les exemples qui leur viennent des ancêtres, tantôt rejetant avec trop de dédain les leçons de la tradition la plus authentique. Cette attitude, variable d'un écrivain à l'autre, ou parfois, chez un même auteur, d'une période de sa vie à une autre, tient, tout d'abord, à ce que l'Église ne s'est pas encore prononcée sur la valeur juridique de la coutume; puis aussi, et surtout, à ce que l'Église, à ses débuts, s'est trouvée en présence de nombreuses pratiques juives, idolâtriques ou païennes qu'il importait, soit de supprimer totalement, soit tout au moins de transformer dans leur idée inspiratrice, selon que la pratique était ou n'était pas susceptible d'une adaptation aux données de la foi naissante. Dès lors, l'orateur ou l'écrivain des premiers siècles est livré à son sens propre et, selon le jugement qu'il porte sur la pratique en présence de laquelle il se trouve, ou bien il la condamne avec véhémence, ou bien il cherche à l'amender. Suivant les circonstances, et quelquefois aussi suivant son tempérament, il est ainsi amené à blâmer inconsidérément la coutume ou à la louer plus peut-être qu'il ne conviendrait. La période des douze premiers siècles est donc une période de formation pour la théorie de la coutume comme pour la théorie de la plupart des éléments du droit ecclésiastique. En conséquence il convient, d'une part, de reproduire le plus objectivement pos-

sible les opinions des principaux Pères de l'Église et auteurs ecclésiastiques; d'autre part, de signaler les cas multiples où la coutume a joué un rôle relativement important. C'est donc l'ordre chronologique qui s'impose ici, puisqu'il s'agit de grouper, siècle par siècle, tout ce qui, de près ou de loin, a trait à la coutume et de recueillir, au fur et à mesure de leur découverte, les matériaux qui plus tard, à l'époque sensiblement postérieure de la formation du droit canonique, permettront aux premiers initiateurs de cette science nouvelle d'édifier la théorie de la coutume dans le droit de l'Église. Il est impossible, semble-t-il, de suivre un plan plus rationnel ou plus didactique.

Une autre remarque préliminaire s'impose ici pour l'intelligence de ce qui va suivre dans cette seconde partie, notamment dans les développements consacrés à la période patristique. En effet dans les textes des premiers siècles qui vont être cités ou résumés, on ne pourra manquer d'être frappé d'une certaine confusion qui règne entre la tradition et la coutume (1). Elle existe en effet. Elle est inhérente aux textes eux-mêmes, et, au delà des textes, elle remonte à la mentalité de ceux qui les ont rédigés. Elle ne se dissipera que plus tard, lorsque les notions spécifiques et respectives de tradition et de coutume seront élaborées par les théologiens et les canonistes. Il apparaîtra alors que, d'une manière générale, la tradition est un enseignement et la coutume est une pratique. De plus la tradition, relative à l'Église tout entière, sera présentée comme ayant un caractère d'universalité; la coutume au contraire, n'affectant le plus souvent qu'une portion délimitée de la société religieuse, sera considérée comme empreinte de particularisme. Telles sont, entre tradition et coutume, les différences qui se manifesteront avec une netteté grandissante.

Mais la confusion primitive entre ces deux données n'en demeure

(1) Cette confusion regrettable se trouve encore accrue du fait que les termes *tradition* et *coutume* ne sont pas toujours entendus dans le même sens par les juristes et par les canonistes. En effet, d'une part, dans le langage des juristes le mot *tradition*, peu employé, l'est seulement, ce semble, en ce sens que le *consensus* de nombreux et importants auteurs constitue une *tradition* juridique et théorique, comme un ensemble d'arrêts rendus constitue une jurisprudence. Dans le langage des théologiens et des canonistes le mot *tradition* désigne l'enseignement non écrit qui, livré et confié à l'Église par le Christ, nous est transmis tant par les affirmations du Pape, des évêques et des docteurs que par la pratique des fidèles sous le contrôle des pasteurs, sans que jamais cet enseignement non écrit du Christ puisse être, soit épuisé, soit détourné de son sens véritable et caché.— D'autre part, dans la langue profane, le mot *coutume* évoque l'idée d'une pratique introduite par une collectivité sans que l'autorité légitimement établie ait à lui donner nécessairement son approbation; dans la langue chrétienne, la coutume suppose toujours que la pratique dont on parle reste sous la dépendance de l'autorité ecclésiastique et reçoit de cette autorité une certaine approbation. Ces divers sens d'un même mot donnent lieu à des amphibologies inévitables qui contribuent à obscurcir encore les problèmes posés.

pas moins un fait historiquement acquis. Et ce serait peut-être un tort de n'y apercevoir qu'un vice de conception ou un défaut de langage. En effet, dans cette confusion même, il pourrait bien y avoir une indication précieuse sur l'essence profonde de la tradition et sur les plus lointaines origines de la coutume. La confusion même, dont elles ont été l'objet pendant un long temps, est une preuve que, avant d'être nettement séparées l'une de l'autre, elles ont plus ou moins eu partie liée ensemble et fait cause commune. Et cette liaison pratique peut être expliquée et même justifiée d'une certaine manière. Sans doute la tradition est un enseignement et la coutume une pratique. Mais, dans l'Église catholique, il n'y a pas de cloison étanche entre la doctrine et les mœurs. L'enseignement est générateur de la pratique et la pratique est une des voies qui contribuent à l'élucidation de la doctrine, à l'explicitation intellectuelle elle-même du contenu de la tradition. Cette solidarité de l'enseignement et de la pratique n'apparaît nulle part mieux que dans la liturgie qui est le dogme en acte. L'essence de la tradition n'est donc pas purement didactique ou idéologique. Et, primitivement, la coutume n'est guère qu'un département de la tradition ainsi comprise. Elle aussi, elle procède plus ou moins directement de l'enseignement de l'Église, et elle s'y réfère comme à un critérium de légitimité. Voilà comment Tertullien pourra déclarer que « c'est la tradition qui donne naissance à la coutume » et comment saint Basile à son tour pourra signaler dans la coutume « un écoulement de la tradition » (1).

(1) Pour ce qui regarde ces questions de philosophie religieuse, on trouvera des vues extrêmement profondes et suggestives dans les trois articles de M. Maurice Blondel qui ont pour titre « Histoire et Dogme » et qui ont paru dans la *Quinzaine* des 16 janvier, 1^{er} et 16 février 1904. L'article du 16 février, en particulier, sur « le rôle vital et le fondement philosophique de la tradition » est du plus haut intérêt. Il met en lumière une conception de la tradition catholique qui, sans exclure en aucune façon la notion classique qui a prévalu dans l'usage courant, analyse ce qu'on pourrait appeler le mécanisme de la tradition avec une pénétration singulière. Il y fait apercevoir des richesses spirituelles trop souvent insoupçonnées.

CHAPITRE PREMIER

LA COUTUME AU I^{er} SIÈCLE

Ce que le Christ et les Apôtres ont pensé de la coutume.

Au seuil de cette étude de la coutume dans l'Église, une première question se pose et même s'impose. Qu'y a-t-il en effet à l'origine de l'Église? Il y a d'abord le Christ qui en est le fondateur; il y a ensuite les Apôtres qui l'ont fondée avec lui et qui ont reçu de lui la mission de la propager à travers le monde. Dès lors, il est d'une souveraine importance de définir l'attitude que Jésus-Christ et ses collaborateurs immédiats ont adoptée et fait paraître à l'égard des faits religieux qui représentaient plus ou moins la coutume issue du passé ou qui constituaient de quelque façon le principe d'une coutume appelée à prévaloir dans l'avenir. Il convient donc de voir par ce biais ce qu'ont pensé de la coutume le Christ et les Apôtres.

En ce qui concerne le Christ d'abord, son attitude demande à être examinée au double point de vue du passé dont il est l'aboutissement et de l'avenir dont il devient le point de départ.

Pour ce qui regarde le passé, le Christ apparaît avant tout comme l'homme de la continuité, comme le gardien de la tradition. Il respecte ce qui est. Celui qui renouvellera la face religieuse du monde ne veut à aucun prix prendre figure ou faire acte de révolutionnaire. Il est l'héritier de la tradition juive. Il tient à être le fidèle observateur, non seulement de la Loi écrite, mais encore de toutes les coutumes raisonnables issues de la Loi. Chez les Pharisiens eux-mêmes, il n'a jamais combattu que les interprétations abusives et tracassières des pratiques rituelles ou des observances religieuses qu'ils prétendaient déduire de la coutume des ancêtres. A ceux qui se sont assis dans la chaire de Moïse, il veut qu'on obéisse pour tout ce qui exprime la tradition nationale effectivement fondée ou sanctionnée par Moïse. Il n'est pas venu pour détruire la Loi; il est venu au contraire pour'en assurer l'aboutissement salutaire. Il définit lui-même le véritable esprit de son intervention religieuse quand il fait en termes solennels la déclaration suivante : « Ne pensez pas que je sois venu abroger la Loi ni les Prophètes : je ne suis

pas venu abroger, mais parfaire. Car je vous le dis, en vérité, jusqu'à ce que passent le ciel et la terre, pas un iota ni un trait de la Loi ne passera jusqu'à ce que tout soit arrivé » (Matthieu, V, 17, 18) (1). Or, la Loi, c'est sans doute un texte écrit, mais c'est aussi une tradition développée oralement. Il n'est pas douteux que, en bien des cas, la lettre même de l'Écriture n'est que la fixation d'une pratique nationale déjà réalisée en fait. En sorte que ce grand respect de Jésus-Christ pour la Loi se réfère en fin de compte à la coutume religieuse immémoriale des plus lointains ancêtres de sa race. D'ailleurs, à côté de la Loi, il y a les Prophètes. Or, loin de les contredire, il réalise purement et simplement ce qu'ils ont annoncé. Leurs oracles ont préparé de très loin le point d'insertion de sa destinée à lui dans l'histoire de son peuple. Ils ont prédit sa venue, défini sa mission, décrit sa personne. C'est surtout dans l'accomplissement de ces données qu'apparaît dans son jour le plus éclatant cette loi supérieure de continuité à laquelle le Christ a voulu se soumettre. C'est en célébrant encore la Pâque juive avec tout le formalisme des coutumes de l'ancien rite qu'il institue sous ces dehors inchangés la Pâque nouvelle, la Pâque chrétienne dont il est à la fois le Prêtre et la Victime. Pas plus qu'il n'a abrogé la Loi mosaïque, il n'a supprimé l'Agneau pascal. Il est devenu lui-même l'Agneau pascal, voilà tout. Le cadre est maintenu; la tradition demeure. Ce n'est ni une destruction ni une création qu'il opère : c'est une suite qu'il prend, c'est une réalisation qu'il effectue. Il consacre ainsi la coutume séculaire dont les lointaines origines se rattachent à la captivité d'Égypte. — En résumé, le Christ est l'héritier de la religion juive avec toutes les coutumes vraiment authentiques que cette religion implique. L'Église fait suite à la Synagogue : elle ne la désavoue pas. En donnant au monde une réalité spirituelle très supérieure à l'ancienne, le fondateur du christianisme ne répudie rien de l'histoire du passé, et il atteste la valeur éminente de la tradition religieuse, source première de toute coutume dans l'Église.

Ainsi le Christ n'a pas répudié le passé. Mais il n'en a pas moins eu l'intention bien arrêtée de préparer l'avenir. Ennemi de toute discontinuité, il vient cependant en ce monde pour être l'artisan d'un immense progrès. Sans doute, il s'agit là d'une rénovation qui ne provoque aucune rupture d'équilibre; il s'agit d'un perfectionnement qui s'accomplit en dehors de toute espèce de heurt. Mais c'est une rénovation quand même; c'est un perfectionnement d'une incomparable portée.

(1) Traduction du Père Lagrange dans l'Évangile selon saint Matthieu, pp. 93 et 95. « *Nolite putare quoniam veni solvere legem aut prophetas, non veni solvere sed adimplere. Amen quippe dico vobis, donec transeat cælum et terra, iota unum aut unus apex non præteribit a lege, donec omnia fiant* ».

Par conséquent, le Christ devra pourvoir nécessairement à l'établissement de mœurs à certains égards nouvelles, à l'institution de rites par certains côtés inédits, à la suggestion de toute une série de démarches religieuses que le passé d'Israël n'avait pas connues sous la même forme. Car, autre chose est ce qui fait suite sans contradiction réelle, autre chose est ce qui perpétue sans transformation aucune. Comment donc le Christ, initiateur divin, va-t-il s'y prendre pour organiser ces changements salutaires qui seront la substance même du progrès définitif dont il veut assurer le bénéfice à toute l'humanité? Au service de cette œuvre, il a pour lui sa divinité, et il possède au regard de tous, même des plus incroyants, tous les attributs du génie humain. Devant ses contemporains, il a fait preuve d'une culture intellectuelle tout à fait supérieure. Il a multiplié les preuves d'un savoir assez étendu pour les éblouir et d'une perspicacité assez pénétrante pour les déconcerter. Etant ce qu'il était, combien il lui eût été facile, parmi tous ces scribes qu'il dominait de si haut, de prendre une plume et d'écrire un livre, un tout petit livre, où il aurait consigné avec une clarté souveraine tous les articles du programme de la réforme qu'il venait apporter au monde! Lui qui connaissait si bien tous les textes de l'Écriture, lui qui sentait si bien la valeur et la majesté des Livres sacrés pour les hommes ses frères, comme il semblait indiqué qu'il aurait dû y ajouter de sa main les pages terminales et décisives qui en auraient été le couronnement impérissable! Eh bien! Non. Le Christ n'a rien écrit. Nous n'avons pas une ligne sortie de sa main. N'est-ce pas là un fait décisif, un fait qui domine tous les autres? Législateur suprême, Jésus-Christ n'a confié à l'écriture aucune donnée de sa Loi. Aux Juifs et à nous tous il n'a laissé qu'un testament oral. Il a beaucoup parlé : il n'a jamais écrit. Il n'a pas laissé derrière lui de formulaire législatif. Encore une fois, voilà le fait capital qu'il faut enregistrer.

Après le Christ, les Apôtres. Eux aussi, d'une manière générale, ils ménagent la transition entre le passé juif et le commencement chrétien. Le plus hardi de tous, saint Paul, l'Apôtre des Gentils, reste pénétré de respect pour le rôle qu'a joué la tradition mosaïque. Mais enfin les Apôtres sont surtout tournés vers l'avenir. Ce sont eux qui vont présider à l'avènement officiel de ce qu'on pourrait appeler le fait ecclésiastique. Seront-ils, eux du moins, des législateurs armés d'une plume pour rédiger un code? Non. Il serait exagéré et faux de dire qu'ils n'ont pas écrit. Mais, à propos des écrits que nous tenons de certains d'entre eux, deux remarques d'une très grande importance s'imposent. — D'abord ils n'ont pas reçu mission d'écrire. Ils ont reçu mission de prêcher et d'agir, ce qui n'est pas la même chose. En leur conférant leur mandat, le Christ leur a dit : « Allez donc, enseignez toutes les nations, les baptisant au nom du Père et du Fils et du Saint-Esprit, leur apprenant à pratiquer

tout ce que je vous ai commandé » (Matthieu, XXVIII, 19 et 20) (1). Ils ont donc à transmettre par leur parole un enseignement oral et à former par leur influence des pratiques vivantes. Ainsi donc, non seulement le Christ n'a pas écrit pour son compte, mais de plus il n'a pas intimé à ses collaborateurs immédiats l'ordre d'écrire après sa mort.

— Deuxième observation. Si cependant quelques-uns d'entre eux ont écrit, ils l'ont fait dans des conditions telles que jamais ils n'ont eu l'intention de mettre en forme des textes législatifs suivis, cohérents et complets. Il y a plus. Les quatre Évangiles ne sont rien d'autre que la fixation plus ou moins tardive par l'écriture de la catéchèse orale qui avait d'abord constitué l'enseignement distribué au peuple. Et les Épîtres, documents manifestement fragmentaires d'ailleurs, ne sont guère en général qu'une correspondance visant des collectivités particulières et destinée à *rappeler* certains éléments doctrinaux ou ascétiques qui avaient été exposés dans l'évangélisation orale. Aussi, sept siècles plus tard, saint Jean Damascène, le Thomas d'Aquin de l'Orient, pourra affirmer sans exagération aucune que « l'Évangile a été promulgué dans le monde sans le secours de l'écriture ». Nous voici, ici encore, en présence d'une conduite qui fait abstraction du procédé de la codification législative.

Ainsi, au terme de cet examen historique, deux faits sont acquis, deux faits matériels et indiscutables. Le premier de ces faits, c'est que le Christ s'est délibérément refusé à rien écrire. Le second de ces faits, c'est que les Apôtres n'ont pas reçu mission d'écrire, qu'ils n'ont écrit qu'à titre accidentel pour confirmer un enseignement oral; et que, même quand ils ont écrit, ils n'ont pas joué le rôle de législateurs rédigeant des articles de code.

Mais ces faits extérieurs supposent un fait intérieur; ces données matérielles impliquent une donnée psychologique. En effet, si le Christ n'a pas écrit, c'est qu'il avait en vue un autre moyen que l'écriture de transmettre sa pensée et de faire prévaloir sa morale. Si, en droit, les Apôtres n'ont fait que prêcher, c'est qu'ils avaient un autre moyen d'atteindre les âmes que la rédaction d'un texte de caractère législatif. Quel est cet autre moyen de transmission et d'action envisagé par Jésus-Christ et par ses collaborateurs, voilà la question qui demeure à résoudre, le fait qui reste à établir?

Il n'est pas douteux en effet que le Christ et les Apôtres ont voulu travailler pour l'avenir et pour un avenir indéfini. Ils n'ont jamais pensé que leur œuvre périrait avec eux. Ils ont été convaincus au con-

(1) Traduction du Père Lagrange dans *Évangile selon saint Matthieu*, p. 545. « Euntes ergo docete omnes gentes, baptizantes eos in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti; docentes eos servare omnia quaecumque mandavi vobis ».

traire qu'elle ne faisait que commencer sous leurs auspices et qu'elle durerait après eux tant qu'il y aurait des hommes sur la terre. Du moment qu'ils n'ont pas recouru à la législation écrite, c'est qu'ils employaient un autre procédé qui a constitué tout le secret et formé tout le ressort de leur ministère. Et ce procédé a consisté à préparer dans le laboratoire vivant des consciences et des vies humaines, par les voies sûres d'une pratique d'abord posée comme un fait, la promulgation ultérieure de la législation écrite que la suite de l'histoire de l'Église fera apparaître au grand jour. En somme, sans le dire et sans le proclamer, le Christ et les Apôtres se sont ralliés à ce grand principe que, normalement et d'une façon générale, *les mœurs doivent précéder les lois*. En effet, avant d'être la cause efficiente de mœurs salutaires, les lois sont la traduction au moins partielle de mœurs déjà existantes. Là est la condition de leur valeur pratique et de leur efficacité réelle. Car un code édicté *a priori*, sans rapport avec des faits déjà acquis, sans correspondance avec l'état des consciences et l'aspiration des âmes, est voué au plus pitoyable des échecs. Le Christ et les Apôtres ont clairement aperçu cette vérité et ils en ont fait la règle de leur conduite.

Sans doute, si les mœurs doivent précéder et influencer les lois, les lois à leur tour sont appelées à réagir sur les mœurs et à les stabiliser. Il y a interdépendance et interaction. Mais une donnée d'histoire reste certaine : dans les origines du christianisme, la pratique précède la théorie, la vie a préparé la formule, les mœurs ont devancé les lois. C'est l'application du programme de Jésus-Christ : Apprenez aux peuples à garder mes commandements; enseignez-leur à observer toutes mes prescriptions (1).

(1) Il est vraiment curieux de constater que Notre-Seigneur a fait de l'observation de ses commandements, non seulement le signe manifeste de l'amour qu'on lui portait, mais aussi le moyen efficace de garder dans son véritable esprit la vérité révélée par lui. En effet, le Christ ne s'est pas contenté de dire : « Celui qui a mes commandements et les observe, c'est celui-là qui m'aime, *qui habet mandata mea, et servat ea, ille est qui diligit me* » (S. Jean XIV, 21); il a encore déclaré par ailleurs : « Quiconque fait le mal hait la lumière et il ne vient point à la lumière, de peur que ses œuvres ne soient découvertes, mais celui qui *fait* la vérité vient à la lumière, afin que ses œuvres soient manifestées, *omnis... qui male agit, odit lucem, et non venit ad lucem, ut non arguantur opera ejus; qui autem facit veritatem, venit ad lucem, ut manifestantur opera ejus* » (S. Jean III, 20-21). Ainsi donc, selon l'expression du Christ, la *vérité se fait*; ce qui veut dire que la pratique est une des conditions de la compréhension totale de la doctrine; la bonne façon de croire, c'est de faire; la pratique a donc une part importante, non seulement au point de vue du culte, mais même au point de vue du dogme. Or cette pratique elle est confiée à tous, gouvernés et gouvernants, fidèles et pasteurs; l'Église ne pourra donc se développer sans avoir à se soucier des pratiques rituelles. Le peuple chrétien aura, en raison de ses façons de faire quotidiennes, une part dans l'évolution de la société nouvellement fondée. La pratique de l'Église, *praxis ecclesiæ*, selon la formule de la théologie catholique, aura son retentissement jusque dans la compréhension plus complète des dogmes.

L'ordre des réalisations est donc le suivant : la pratique engendre les mœurs ; les mœurs forment la tradition ; la tradition implique des coutumes. Ces coutumes vaudront ce que vaudra leur rattachement à l'enseignement et à la volonté du Christ et des Apôtres. Elles seront légitimes si elles rentrent dans la tradition authentiquement issue du Christ et des Apôtres. Car la tradition n'est qu'une loi non écrite, comme la loi n'est qu'une tradition formulée par l'écriture. Mais, s'il y a la tradition au sens universel et en quelque sorte absolu, il y a aussi des traditions au sens restreint et relatif. Ce sont surtout ces dernières traditions qu'on qualifie de coutumes. Et rien n'empêche que la coutume, qui comprend ces coutumes, soit, en plus d'une circonstance, la gardienne et la continuatrice de la tradition.

En résumé, si le Christ a voulu tout confier à la vertu bienfaisante de l'enseignement oral et de l'influence vivante, c'est que, dans sa pensée, cet enseignement et cette influence devaient être le principe générateur des pratiques religieuses qui ne sont, en fin de compte, que des coutumes stables et permanentes. Les Apôtres ont agi dans le même sens que leur Maître. De là est née la tradition de laquelle dérive toujours plus ou moins la coutume quand elle veut pouvoir obtenir l'approbation d'un législateur qui représente la succession du Christ.

Le premier siècle est donc loin de ne fournir aucune indication sur la question de la coutume. C'est lui, tout au contraire, qui nous propose, à cet égard, la donnée essentielle que les âges suivants mettront en pleine valeur. Car ils requerront toujours pour la coutume la conformité à la pratique de l'Église (*praxi Ecclesiæ*). Loin de condamner la coutume, le Christ en a tenu un très grand compte pour lui-même. Il a surtout voulu être le point de départ d'une nouvelle série de coutumes traduisant sa pensée, transmettant son esprit, instaurant sa religion. Les Apôtres ont fait de même. Ils ont obligé les fidèles à manifester extérieurement leur foi et à la traduire par des actes précis, concrets, socialement organisés. Si donc, dans l'assemblée apostolique qui s'est tenue à Jérusalem aux environs de l'an 50, il a été procédé à la répudiation virtuelle de certaines coutumes judaïques désormais périmées, cette répudiation de fait n'a pas été du tout un désaveu de principe. Elle n'a pas condamné la coutume, mais elle a établi un nouveau mode de pratiques coutumières. Et, dans l'Église, toute coutume qui peut se référer aux origines bien interprétées du christianisme est une sorte de loi non écrite qui s'appuie bel et bien sur un fondement traditionnel. Aussi, dès le second siècle (1), la question de la coutume va-t-elle apparaître envisagée et discutée d'une façon plus explicite.

(1) L'histoire ne présente aucun document ecclésiastique vraiment digne d'intérêt sur la coutume avant le début du second siècle. Sans doute, parmi les œuvres dou-

teuses de saint Clément de Rome, se trouve une homélie dans laquelle est établi un parallèle entre la coutume et la vérité; mais ce texte, peu important, en lui-même, est probablement d'une date beaucoup plus récente que la fin, soit du premier, soit du second siècle. Voici la traduction de ce texte : « Elle est grande, ô Grecs, la différence entre la vérité et la coutume; la vérité cherchée avec sincérité se découvre, mais la coutume, partout où elle est mise en pratique, tire témérairement sa confirmation d'elle-même, qu'elle soit vraie ou fausse. Ce n'est pas sur un jugement, mais sur une opinion présumée que l'on croit à la coutume; on met alors sa confiance sur une fortune bien incertaine, à savoir sur ce qui a plu aux anciens. Et il est bien difficile de rejeter l'habitude qui vient des ancêtres, quand bien même elle apparaît insensée et ridicule » (S. Clementis I, Rom. Pont., opera dubia, Clementina, Homilia, IV, § 11, Migne, P. G., t. II, col. 163). Clément est mort vers l'an 100.

CHAPITRE II

LA COUTUME AU SECOND SIÈCLE

Tertullien (160?-240?)

Tertullien (Carthage, 160-240) est le premier écrivain ecclésiastique (1) dont les œuvres fournissent des renseignements vraiment précieux sur la coutume. Il parle longuement de cette question dans deux de ses traités : le traité *De la couronne du soldat* d'une part, le traité *Du voile des Vierges* d'autre part.

Pour Tertullien la coutume se confond presque avec la tradition orale; c'est dire qu'il lui reconnaît une grande autorité et cette autorité il la fonde en raison d'une façon heureuse : selon lui, en effet, la coutume ne peut avoir de valeur que si elle est tout à la fois conforme à la nature et à la discipline. C'est ce qui ressort avec évidence de la lecture des deux traités qui viennent d'être cités.

Dans le traité *De la couronne du soldat*, Tertullien, qui considérerait la carrière des armes comme incompatible avec la condition du chrétien parce que, disait-il, elle s'opposait à la douceur évangélique et surtout constituait un danger perpétuel d'apostasie, Tertullien exhorte les chrétiens d'Afrique à refuser le service militaire dans les armées de l'empereur et à imiter ce soldat intrépide qui, plus courageux que tous ses compagnons, eut l'audace de se présenter la tête découverte, la couronne à la main, devant les très puissants empereurs un jour où ils distribuaient des largesses. Le soldat fut dénoncé, jugé, emprisonné. Tertullien fait son éloge. Mettre une couronne sur sa tête c'est d'abord, déclare-t-il, agir contre la nature; mais de plus pour un chrétien c'est

(1) Africain de race et praticien de la rhétorique un peu comme saint Augustin, mais moins capable que le grand docteur de se modérer lui-même, Tertullien a une verve souvent empreinte d'une véhémence de sentiments qui appelle parfois des correctifs. Il y a là des données qu'il ne faut jamais perdre de vue quand on veut interpréter correctement les éléments d'information qu'il a versés au dossier de l'histoire. Sous ces réserves Tertullien peut d'autant plus être mis ici à profit qu'il est un juriste et a le langage des juristes, au point qu'on a pu soutenir, avec quelque vraisemblance, qu'il était le *Tertullianus* cité dans le *Digeste*. Aussi le verra-t-on, à propos de la coutume, employer les mêmes expressions que les jurisconsultes romains.

désobéir à la tradition qui a donné naissance à la coutume. Dira-t-on que l'Écriture ne défend pas de mettre une couronne sur la tête et que, conséquemment, en raison de ce simple silence, il est permis d'en porter une? Mais si l'Écriture n'a pas déterminé cette observance ancienne, à savoir de ne pas mettre une couronne sur la tête, toujours est-il que la coutume qui sans doute vient de la tradition, — Tertullien, on le voit, relie étroitement la coutume à la tradition, — fortifie cette pratique. Comment, en effet, un tel usage se serait-il établi s'il n'avait sa source dans la tradition? Ne m'objectez pas que, pour valider la tradition, il faut une autorité écrite? Examinons plutôt si vraiment on ne doit admettre de tradition que celle qui est écrite. A coup sûr nous nierons qu'il faille recevoir la coutume de ne pas porter de couronne, si nous ne trouvons pas d'autres observances qui se soient établies dans l'Église, sans l'appui d'aucun texte écrit, sur le seul patronage de la tradition orale et, par conséquent, de la coutume. Mais les exemples abondent de pratiques ecclésiastiques qui n'ont d'autre fondement que la tradition orale et la coutume. Pour le baptême on exige la renonciation à Satan, à ses pompes, à ses œuvres; puis une triple immersion et des réponses non prescrites par le Seigneur; et encore des agapes de lait et de miel; et enfin l'abstention du bain quotidien pendant huit jours. Pour la sainte Eucharistie nous ne la recevons que de la main des prêtres. Nous offrons des oblations pour les défunts et pour les anniversaires. Jamais nous ne jeûnons le dimanche; nous ne fléchissons pas davantage le genou ce jour-là, ni de Pâques à la Pentecôte, en raison de la joie. Si quelque goutte du précieux sang ou quelque parcelle de l'hostie sainte tombent à terre, nous sommes remplis d'anxiété. Nous faisons le signe de la croix sans cesse pour tous les actes de notre vie, que nous entrons ou que nous sortons, que nous prenons nos vêtements ou que nous nous rendons au bain, que nous nous mettons à table ou au lit. En faveur de ces institutions et de mille autres semblables avons-nous un témoignage des Écritures? Non, vous n'en trouvez aucun. Mais « c'est la tradition qui est l'auteur de ces pratiques, la coutume qui les confirme, et la foi qui les observe : *traditio tibi prælendetur auctrix, consuetudo confirmatrix, et fides observatrix*. C'est ce qui vous apparaîtra tout d'abord. Puis, si vous poursuivez votre enquête, ou vous percevrez par vous-même, ou un autre, plus perspicace que vous, vous montrera comment la raison donne son patronage, — l'expression est à retenir : les rapports de la coutume avec la raison seront si souvent discutés, — et à la tradition et à la coutume et à la foi : *rationem traditioni et consuetudini et fidei patrocinatorum aut ipsæ perspicies aut ab aliquo qui perspexerit discas* » (1).

(1) Tertullien, *De corona*, cap. IV, Migne, P. L., t. II.

Et Tertullien continue en insistant sur le caractère raisonnable qui constitue le fondement tant de la loi écrite que de la pratique coutumière : « aussi bien dans les affaires civiles la coutume, elle aussi, est reçue comme loi quand la loi écrite fait défaut. Que la coutume repose sur une écriture ou sur la raison il n'importe, puisque la loi elle-même n'a d'autre fondement que la raison. Or si la loi réside dans la raison, tout ce qui réside dans la raison, donc toutes les pratiques raisonnables, sera loi quel qu'en soit l'auteur. Ne pensez-vous pas qu'il soit loisible à chaque fidèle (1) de concevoir et d'établir une pratique, pourvu seulement qu'elle soit en conformité avec Dieu, qu'elle favorise la discipline et qu'elle contribue au salut (2), puisque le Seigneur a dit : Pourquoi ne discerniez-vous pas par vous-même ce qui est juste? (Luc, XII, 57.) Et l'Apôtre ne dit-il pas aussi : Si vous ignorez quelque chose, Dieu vous le révélera? (Philippiens, III, 15.) Saint Paul avait en effet coutume de donner des conseils là où le précepte du Seigneur ne parlait pas et de prescrire certaines choses comme venant de lui-même : aussi avait-il l'esprit de Dieu qui enseigne toute vérité. Ses conseils et ses prescriptions sont donc riches comme des ordonnances divines parce qu'ils ont pour eux le patronage de la raison divine. Cette raison, fondement de toute pratique et de toute loi, demandez-la; mais toujours en respectant la tradition, quel qu'en soit l'auteur : *Considérez, non pas l'auteur, mais l'autorité, c'est-à-dire le fondement raisonnable, et principalement l'autorité de la coutume; car la coutume est d'autant plus à respecter qu'elle sert d'interprète à la raison, si bien que si Dieu vous enseigne la raison de la pratique, vous saurez alors, non pas si vous devez observer la coutume, mais pourquoi la raison des observances chrétiennes est plus auguste puisqu'elles sont maintenues par la nature qui est la première maîtresse de toute discipline* » (3).

C'est ainsi, conclut Tertullien, que la nature est la première qui nous montre que la couronne ne convient pas à la tête d'un chrétien; il est

(1) Ici apparaît l'erreur du Montanisme dans laquelle Tertullien a versé. Le Montanisme soutenait d'abord que la religion du Christ doit faire place à celle du Paraclet ou du Saint-Esprit promis par Notre-Seigneur à ses Apôtres; puis que le Saint-Esprit peut inspirer tout fidèle et faire de lui, sinon un initiateur, du moins un réformateur au point de vue religieux. (Voir *Histoire générale de l'Eglise* par Fernand Mourret : t. I, les origines chrétiennes, p. 294-296.)

(2) « An non putas omni fideli licere concipere et constituere, duntaxat quod Deo congruat, quod disciplinæ conducat, quod salutis proficiat? » (Tertullien, *De Corona*, cap. IV.)

(3) « Nec auctorem respicias, sed auctoritatem et imprimis consuetudinis ipsius, quæ propterea colenda est, ne non sit rationis interpres, ut, si et hanc Deus dederit, tunc discas an non observanda sit tibi consuetudo, sed cur major efficitur ratio christianarum observationum, cum illas etiam natura defendit, quæ prima omnium disciplina est ». (*De Corona*, cap. IV in fi. et V in princ.)

aussi déraisonnable de mettre une couronne sur sa tête que de vouloir sentir un son; or tout ce qui est contre nature constitue un monstre. De plus la couronne a pour origine le mensonge. Pandore est la première tête couronnée par les Grâces. Enfin pour un chrétien mettre une couronne sur sa tête c'est commettre un sacrilège, c'est devenir idolâtre en participant aux fêtes de Jupiter et des Césars, et oublier que Dieu est seul Maître et auteur de la nature (1).

Ainsi donc Tertullien démontre que la coutume de ne pas mettre de couronne sur la tête est à observer, non pas tant parce qu'elle est une coutume, que parce qu'elle vient de la tradition, d'une part, et parce que, d'autre part, elle est conforme à la raison et, d'une façon plus générale, à la nature. Tertullien, tout en invoquant la coutume pour étayer sa thèse, ne l'invoque qu'en faisant ressortir que la coutume ne vaut que par son caractère raisonnable et sa conformité avec la nature. Cette réserve est sage et d'une profondeur qui fait honneur à Tertullien.

C'est aussi en s'appuyant sur la coutume que Tertullien s'efforce de montrer dans son traité du *Voile des Vierges* qu'il faut voiler les vierges. Cette coutume, de voiler les vierges est bonne, dit-il. Je ne veux pas commencer par appuyer cette coutume sur la vérité; qu'elle reste un moment coutume, afin que je compare ainsi la coutume nouvelle, celle qui autorise les vierges à ne plus porter de voile, à la coutume ancienne, celle qui exigeait des vierges qu'elles portassent un voile. Dans la Grèce et dans plusieurs contrées barbares qui en dépendent, plusieurs églises voilent leurs vierges, et, de peur qu'on n'aille s'imaginer que cela est particulier aux idolâtres grecs ou barbares, cette pratique s'observe même sous notre ciel. Je ne cite pour exemple que ces Eglises fondées par des Apôtres ou des hommes apostoliques..., ces Eglises ont donc, aussi bien que les nouvelles, l'autorité de la coutume; de plus elles ont pour elles le temps et des antécédents, ce que n'ont pas les églises venues après elles. A quoi donc nous en tenir? Quel parti embrasser? Nous ne pouvons rejeter une coutume que nous ne pouvons condamner. Aussi bien cette coutume de voiler les vierges ne vient pas d'étrangers; elle vient d'hommes avec lesquels nous partageons les prérogatives de la paix et le nom de frères : entre eux et nous même foi, même Dieu; conséquemment tout ce qui appartient aux nôtres nous appartient (2).

D'ailleurs la coutume de se voiler était si répandue chez les femmes juives que c'est à ce signe qu'on les reconnaissait. De cette pratique on chercherait en vain la loi écrite. Ce n'est ni Rébecca se couvrant le

(1) *De Corona*, cap. V et VII.

(2) Tertullien, *De virginibus velandis*, cap. II. — Migne, P. L., t. II; et du *Voile des Vierges*, ch. II, traduction de Genoude, *Les Pères de l'Eglise traduits en français*, t. VII, p. 567, Paris. 8 vol. in-8°, 1842.

visage devant son fiancé... ni Suzanne faisant de même au cours du jugement inique qu'elle dut subir, qui ont pu introduire une loi générale. Si donc je ne trouve aucune loi écrite qui légitime cette pratique, c'est que c'est la tradition qui a donné à la coutume cet usage qui devait avoir pour lui, un jour, l'autorité de l'Apôtre interprétant la raison. *Et, grâce à ces exemples (de pratiques non fondées en raison sur des lois écrites), il est possible d'affirmer qu'une tradition non écrite est à observer quand elle est confirmée par la coutume; la coutume, quand elle est observée d'une façon permanente, est en effet le témoin fidèle que cette pratique est bien un produit de la tradition* (1).

Entraîné par la défense de mon opinion, je prouverai maintenant en latin qu'il faut voiler nos vierges dès qu'elles sortent de l'enfance; car ainsi le demande la vérité contre laquelle rien ne peut prescrire, ni le temps, ni la dignité des personnes, ni le privilège des contrées; car, — Tertullien établit maintenant une critique de la coutume en montrant combien facilement elle peut devenir la compagne de l'erreur, — le plus souvent la coutume, née de l'ignorance ou de la simplicité des hommes, se fortifie par l'usage dans la succession des temps et par là prévaut contre la vérité. *Or Notre Seigneur s'est appelé lui-même la vérité. Il a dit : « Je suis la Vérité »* (S. Jean XIV, 6), *et non pas je suis la coutume... C'est moins la nouveauté que la vérité qui condamne les hérésies. Tout ce qui est contraire à la vérité, ce sera l'hérésie, fut-ce une coutume ancienne* (2). C'est le Paraclet seul que nous devons reconnaître et adorer pour Maître depuis Jésus-Christ (3). Ceux qui l'ont reçu préférèrent la vérité à la coutume; ceux qui l'ont écouté prophétisant jusqu'à aujourd'hui, je ne dis pas seulement autrefois, voilent les vierges.

Au surplus nos très saints prédécesseurs n'ont jamais voulu avoir d'égard pour les coutumes. Toutefois, jusqu'à ces derniers temps, l'une et l'autre coutume étaient permises chez nous d'une manière plus tolérable. Chaque vierge avait la facilité de se voiler ou de se prostituer, comme maintenant de se marier, ce que personne ne contraind ni ne défend de faire. *La vérité se contentait de traiter avec la coutume afin de jouir secrètement d'elle-même sous le nom de coutume, ne fut-ce qu'en partie* (4). Mais comme l'intelligence commençait à faire assez de pro-

(1) Tout ce passage est extrait du traité *De la couronne du soldat*, chapitre IV: « his igitur exemplis renuntiaturum erit, posse etiam non scriptam traditionem in observatione defendi, confirmatam consuetudine, idonea teste probatæ tunc traditionis, ex perseverantia observationis ».

(2) « Sed Dominus noster Christus veritatem se non consuetudinem cognominavit. Heresim non tam novitas quam veritas revincit. Quodcumque adversus veritatem sapit, hoc erit heresis, etiam vetus consuetudo » (*De virginibus velandis*, cap. I).

(3) Nouvelle affirmation montaniste et contraire au dogme catholique.

(4) « Contenta erat veritas pacisci cum consuetudine ut tacite sub consuetudinis nomine frueretur se vel ex parte » (*De virginibus velandis*, cap. III).

grès pour que, dans la liberté de son choix, il fut aisé de reconnaître quel parti était le meilleur, aussitôt l'ennemi de tout bien, et encore plus de toute institution louable, fit son œuvre. Les vierges des hommes se soulevèrent contre les vierges de Dieu en se portant sans pudeur à une audace téméraire... Les servantes du Christ imitèrent l'exemple des filles mondaines... Qu'aurait fait de plus un persécuteur s'il avait su que le voile est le témoignage de la vierge? Depuis que vous avez découvert la tête de cette fille, elle n'est plus vierge tout entière à ses propres yeux; elle est devenue différente d'elle-même. *Lève-toi, ô vérité; lève-toi; brise les liens qui te retiennent; je ne veux plus que tu défendes aucune coutume;* — Tertullien libère la vérité des dangers que constitue pour elle la coutume mauvaise; — *car déjà la coutume à l'ombre de laquelle tu jouissais de tes droits est répudiée; fais voir que c'est toi, ô vérité, qui voiles les vierges. Interprète toi-même les Ecritures que la coutume ne connaît pas; car, si elle les connaissait, cette coutume de ne pas voiler les vierges n'eût jamais existé* » (1).

Et Tertullien conclut ainsi son plaidoyer : Pour être valable la coutume doit être conforme à l'Écriture, à la nature, à la discipline... Aussi notre conviction qu'il faut voiler les vierges s'appuie-t-elle sur la Sainte Écriture, sur la nature, sur la discipline. L'Écriture établit la loi; la nature la justifie; la discipline la commande. Contre tant d'autorités que peut la force d'une coutume (erronée) (2).

« Il faut donc que, en tout temps, en tout lieu, les vierges se souviennent de cette loi, toujours prêtes et disposées à entendre parler de Dieu. S'il est au fond de leur cœur on le reconnaîtra facilement à leur tête. Que la paix et la grâce de Notre-Seigneur Jésus soient avec ceux qui préfèrent la vérité à la coutume et qui liront ceci avec esprit de paix et de douceur. Qu'elles soient aussi avec Septime Tertullien, auteur de cet opuscule » (3).

Ainsi donc, tant dans son traité *De la couronne du soldat* que dans celui *Du voile des Vierges*, Tertullien reconnaît l'autorité de la coutume; il la fait dériver de la tradition, lui donne pour fondement la nature, c'est-à-dire Dieu lui-même; mais, constatant qu'une coutume peut s'élever contre une autre coutume et contre la vérité, il proclame hautement qu'il faut, en cette dernière hypothèse, préférer la vérité à une coutume qui la contredit. Le Christ n'a pas dit « je suis la coutume »; mais bel et bien « je suis la Vérité ». Tertullien n'est donc pas sans se

(1) « Exurge igitur, veritas, exurge et quasi de patientia erumpe; nullam volo consuetudinem defendas; nam jam et illa, sub qua te fruebaris, expungitur. Te esse demonstra quæ virgines tegis. Ipsa Scripturas tuas interpretare, quas consuetudo non novit; si enim nosset, nunquam esset (*De virginibus velandis*, cap. III).

(2) *Du Voile des Vierges*, ch. XVI.

(3) *Du Voile des Vierges*, ch. XVII.

défier de certaines coutumes, alors même qu'il s'appuie parfois sur l'autorité de la coutume; du moins il a le grand mérite de mettre en pleine lumière qu'aucune coutume ne peut s'établir que dans la mesure où elle est conforme à la raison (1).

(1) Tandis que, en Afrique, Tertullien parle avec faveur de la coutume, en Orient, Clément d'Alexandrie (mort vers 217) signale avec force les dangers de la coutume. Il argumente contre les Gentils qui refusent d'adhérer à la vérité chrétienne parce qu'il est déraisonnable, disent-ils, d'abandonner les coutumes qui viennent des ancêtres. Clément d'Alexandrie leur répond : « Fuyons la coutume, fuyons-la comme le promontoire de Charybde ou des Sirènes. La coutume étouffe l'homme; elle le détourne de la vérité; elle le prive de la vie; elle est un lacet, un précipice, une fosse. — Fugiamus igitur consuetudinem, fugiamus veluti periculosum promontorium aut Charybdis minas, aut fabulosas Sirenes; consuetudo hominem suffocat, avertit a veritate, abducit a vita; laqueus est, barathrum est, fossa est » (Clementis Alexandrini, *Exhortatio ad Gentes*, ch. XII, Migne, *P. G.*, t. VIII, col. 238). — Pour être aussi complet que possible il conviendrait de signaler encore deux autres textes : le premier de ces textes est attribué par Burchard à Pie I, pape de 142 à 157, mais il paraît bien ne pas remonter à une date aussi reculée et avoir le pape Grégoire pour auteur. Voici ce texte : « Vous nous demandez par Hilaire notre secrétaire de faire observer toutes les coutumes que la très ancienne pratique a sans cesse observées depuis l'ordonnance du Bienheureux Pierre, prince des Apôtres; à coup sûr nous louons la coutume qui est reconnue ne nuire en rien à la foi catholique » (Burchard, *Decretum*, pars III, can. CXXIV, Ex epistola Pii papae I, decret. 7, Migne, *P. L.* t. CXL). — Le même texte figure aussi dans le *Décret* et la *Panormie* de Yves de Chartres. — Le second texte, qui n'est certainement pas du second siècle, est tiré des œuvres apocryphes de saint Justin (mort vers 168). Ce dernier explique ou est censé expliquer la raison pour laquelle les chrétiens prient sans fléchir le genou le dimanche : « Cette coutume, dit-il, semble venir des Apôtres, comme le rappelle Irénée, évêque et martyr de Lyon, qui nous dit aussi qu'on ne doit pas non plus fléchir le genou de Pâques à la Pentecôte, en raison de la joie de la Résurrection ». Puis, un peu plus loin, saint Justin explique le pourquoi de la coutume également apostolique qui veut que le chrétien prie en se tournant vers l'Orient : « Cette coutume vient de ce que les hommes considèrent l'Orient comme la partie la plus honorable du monde, et, de ce que, ne pouvant être tournés à la fois vers les quatre parties du monde, les chrétiens se tournent vers la partie de l'univers qui leur paraît la plus favorable à l'adoration par sa dignité » (Appendix, Pars I, S. Justini opera spuria. — Migne, *P. G.*, t. VI, quæst CXV, col. 1363, et quæst CXVIII, col. 1367).

CHAPITRE III

LA COUTUME AU III^e SIÈCLE

Saint Cyprien (200?-258)

Plus défiant de la coutume que Tertullien, saint Cyprien, au III^e siècle (saint Cyprien, né à Carthage vers l'an 200, est mort martyr en 258), ne craint pas de s'opposer à la coutume qui existe autour de lui de ne pas rebaptiser les hérétiques qui reviennent à l'Église n'ayant reçu le baptême que de la main des hérétiques. Saint Cyprien veut en effet que l'on rebaptise les hérétiques qui viennent à se repentir; il le veut à tel point qu'il ne craint point d'entrer en lutte ouverte avec le pape Etienne alors régnant (254-257) et de convoquer à Carthage un concile provincial, — le septième concile de Carthage, — lequel ose dénoncer la coutume de ne pas rebaptiser les hérétiques comme contraire à la vérité.

La coutume qui a existé parmi nous de ne pas rebaptiser les hérétiques venant à résipiscence ne saurait empêcher que la vérité ne prévale et ne triomphe, écrit saint Cyprien à Pompéius, évêque de Sabrata en Tripolitaine; *car une coutume qui ne repose pas sur la vérité n'est autre chose qu'une vieille erreur* (1). Aussi rejetons l'erreur et embrassons la vérité, sachant que, selon Esdras (III, Esdras, IV, 34-40), la vérité triomphe éternellement et nous rappelant que le Christ a dit de lui dans son Évangile : je suis la Vérité (S. Jean, XIV, 6)... Explorez donc et discernez la vérité, frère très aimé, faites en sorte que tous ceux qui de l'hérésie font retour à l'Église soient baptisés du seul et légitime baptême de l'Église, à l'exception de ceux qui ont été baptisés dans l'Église avant de passer dans le camp des hérétiques; pour ces derniers, en effet, quand ils ont fait pénitence, il suffit de leur imposer les mains pour les recevoir à nouveau dans le troupeau qu'ils avaient quitté (2). — Mais quelqu'un dira peut-être : que faire donc de ceux qui, venant de l'hérésie à l'Église, y ont été admis dans le passé sans recevoir à nouveau le bap-

(1) « Nec consuetudo quæ apud quosdam obrepserat impedire debet quominus veritas prævaleat et vincat. Nam consuetudo sine veritate vetustas erroris est » (S. Cypriani, *Epist. ad Pompeium*, cap. IX. — Migne, *P. L.*, t. III, col. 1134).

(2) S. Cypriani, *Epist. ad Pompeium*, cap. XII.

tême? Je réponds : Dieu est puissant pour leur accorder l'indulgence dans sa miséricorde et pour ne pas priver des bienfaits de son Église ceux qui, ayant été admis dans l'Église sans que le baptême leur soit renouvelé, y sont morts. *Mais ce n'est pas une raison parce qu'on a erré une fois pour demeurer dans l'erreur* (1).

Aussi bien dans sa lettre à Quintus, évêque de Mauritanie, saint Cyprien reprend-il la même idée : *Ce n'est pas à la coutume de prescrire*, écrit-il, *c'est à la vérité de triompher* (2). Considérez plutôt Pierre qui voulait soumettre au rite de la circoncision les nouveaux chrétiens contrairement à ce que soutenait Paul; il n'a pas rejeté le conseil de la vérité et il s'est soumis facilement à la raison légitime que lui avait proposée Paul. Suivons donc, conclut saint Cyprien, la sentence qu'ont adoptée Agrippa et ses coévêques en Afrique et en Mauritanie (3).

Mais voici maintenant les dépositions des divers évêques qui ont assisté, en 256, au septième concile de Carthage. C'est Castus de Sicca qui dit : Celui qui, au mépris de la vérité, présume de suivre une coutume — c'est toujours de la coutume de ne pas rebaptiser les hérétiques revenant à l'Église qu'il s'agit, — celui-là est, ou un envieux de ses frères, ou un ingrat à l'égard de Dieu. — C'est Libosus de Vaga qui déclare : Dans l'Évangile le Seigneur a dit : je suis la Vérité; il n'a pas dit : je suis la coutume; donc, la vérité une fois manifestée, la coutume doit céder devant la vérité, de telle sorte que si dans le passé l'un d'entre nous ne baptisait pas les hérétiques venant à l'Église, il faut qu'il commence maintenant à agir autrement. — C'est Zosimus de Tharassa qui proclame : Une fois la révélation de la vérité faite, l'erreur doit faire place à la vérité; c'est ainsi que Pierre qui donnait dans le début la circoncision a cessé de la faire devant l'affirmation de Paul qui lui prêchait la vérité. — C'est Félix de Bussacenis qui atteste : Dans la question de l'admission des hérétiques dans l'Église sans baptême, personne ne doit préférer la coutume à la raison et à la vérité, car la raison et la vérité excluent toujours la coutume. — C'est Honoratus de Thucca enfin qui dépose ainsi à son tour : Le Christ est la Vérité; en conséquence nous devons suivre la vérité plutôt que la coutume; donnons donc le baptême

(1) S. Cypriani, *Epist. ad Jubaianum*, cap. XXIII; « Non tamen quia aliquando erratum est, ideo semper errandum est ». Migne, *P. L.*, t. III, col. 1125.

(2) « Non est autem de consuetudine præscribendum, sed ratione vincendum » (Divi Cypriani, *Epist. LXXI, ad Quintum*, ch. III). Au sujet de ce texte M. Mourret, dans son *Histoire de l'Eglise*, 1^{er} vol., p. 358, écrit : « Cyprien, qui dans les polémiques opposera à la tradition romaine la tradition africaine, fait ici peu de cas de l'argument traditionnel. Un historien protestant, Hugo Koch (Leipzig, 1910) prétend voir dans ce texte une négation radicale de la primauté romaine. Le contexte indique plutôt le sens suivant : « Représenter la tradition, jouir de l'autorité, ne dispense pas d'avoir raison. »

(3) S. Cyprien, *Epist. ad Quintum*, c. III et c. IV.

aux hérétiques qui viennent à nous de l'hérésie au sein de laquelle ils n'ont rien pu recevoir de sanctifiant (1).

Dans toutes ces dépositions, toujours donc se retrouve la même défiance à l'égard de la coutume. En vain le pape Etienne, qui est d'avis que le baptême conféré par les hérétiques est valide, proteste-t-il contre la sentence du septième Concile de Carthage; en vain écrit-il : Si quelqu'un vient à vous de l'hérésie, *vous ne devez rien innover de contraire à la tradition en vigueur*; vous vous contenterez de lui imposer les mains pour la pénitence (2). Saint Cyprien maintient son point de vue qui bientôt sera une erreur condamnée par l'Eglise, et il est soutenu dans son opinion par saint Firmilien, évêque de Césarée en Cappadoce, qui lui écrit avec une audace condamnable : « L'Eglise de Rome n'observe pas tout ce qui est de tradition. D'ailleurs il est bien difficile de savoir ce que pensaient et faisaient les Apôtres en bien des cas, ne serait-ce que pour la date de Pâques et pour une multitude de détails. D'où les divergences de pratiques qui, jusqu'au pape Etienne, n'avaient pas amené de schisme » (3). Et il continue : « En ce qui concerne la coutume que le pape Etienne et ses partisans prétendent opposer à la vérité, qui serait assez insensé pour préférer la coutume à la vérité et pour ne pas délaisser les ténèbres devant la manifestation de la vérité? Mais celui-là imiterait les Juifs qui, devant l'avènement du Christ, c'est-à-dire de la Vérité, ont invoqué la coutume très ancienne, et, abandonnant la voie nouvelle de la vérité, ont voulu demeurer fidèles aux pratiques antiques... Ainsi vous pouvez dire en votre faveur contre le pape Etienne, que vous, Africains, devant la reconnaissance de la vérité, vous avez abandonné l'erreur de la coutume; ou plutôt, dites que nous joignons la coutume à la vérité, et que, à la coutume des Romains de ne pas rebaptiser les hérétiques qui se convertissent, nous opposons une coutume, mais la coutume de la vérité, parce que nous nous en tenons à ce qui a été transmis par le Christ et les Apôtres en rebaptisant ceux qui, venant à

(1) Septième concile de Carthage tenu sous saint Cyprien, en 256, ex tribus Africae provinciis. — Migne, *P. L.*, t. III, col. 1051 et sq.

(2) « Nihil innovetur nisi quod traditum est » (S. Etienne, ep. LXXIV, I). — M. Mourret écrit à propos de ce texte : « Tillemont, Bossuet et plusieurs autres ont entendu le texte en ce sens qu'on ne doit renouveler que ce que la tradition veut qu'on renouvelle, c'est-à-dire qu'on doit renouveler l'imposition des mains seulement, et non pas le baptême. Ce n'est pas l'interprétation que les contemporains ont donnée à cette phrase. Le pape pose un principe général : il faut s'en tenir à l'usage traditionnel et, par conséquent, ne rien innover. C'est le sens que donne de ce passage Eusèbe dans son *Histoire ecclésiastique*, livre VII, ch. III. Saint Vincent de Lérens, en reprenant la phrase de saint Etienne dans son *Commonitorium* (livre I, ch. VI), lui donne aussi le même sens » (Mourret, *Hist. gén. de l'Egl.*, 1^{er} vol., p. 360).

(3) *Epistola Firmiliani*, episcopi Cesareæ Cappadociæ, ad Cyprianum, cap. VI. — Migne, *P. L.*, t. III, col. 1159.

nous de l'hérésie, n'ont reçu le baptême que des mains des hérétiques. Notre coutume remonte loin, puisque nous n'avons pas souvenance du moment où nous avons commencé à l'observer, étant donné que toujours nous n'avons reconnu qu'une seule Eglise et que nous n'avons considéré comme sanctifiant que le seul baptême de la Sainte Église» (1).

La thèse défendue par saint Firmilien et auparavant par saint Cyprien est fausse; mais les arguments invoqués n'en demeurent pas moins très intéressants en eux-mêmes, puisqu'ils manifestent que, au III^e siècle, les droits de la coutume n'étaient reconnus qu'autant qu'ils se conciliaient avec ceux de la vérité. La coutume qui doit être conforme à la raison selon Tertullien doit être également conforme à la vérité selon les Pères de l'Église du III^e siècle.

(1) *Epist. ead.*, cap. XIX. — Migne, *P. L.*, t. III, col. 1170.

CHAPITRE IV

LA COUTUME AU IV^e SIÈCLE

Conciles de Nicée (325) et de Sardique (351). — Saint Grégoire de Nazianze (328-389). — Saint Ambroise (340-397). — Saint Basile (329-370).

Au cours du iv^e siècle, les textes qui font appel à la coutume sont moins rares; mais ils sont loin de porter sur les droits de la coutume un jugement uniforme.

C'est d'abord le Concile de Nicée qui, en 325, consacre par son autorité le droit d'honneur ou de préséance créé par la coutume en faveur des évêques d'Alexandrie, d'Antioche et de Jérusalem, par imitation du droit de primauté conféré par le Christ à saint Pierre et à ses successeurs (1). — « Une coutume ancienne persiste en Egypte, Lybie et Pentapole qui veut que l'évêque d'Alexandrie ait pouvoir sur les évêques de ces régions, parce qu'une coutume pareille existe en faveur de l'évêque de Rome. De même encore à Antioche et dans les autres provinces, les Églises rendent honneur à leur métropolitain, en raison de la coutume, tout comme à Rome. De ce fait, il résulte que, si quelqu'un a été ordonné évêque sans la volonté et le consentement du métropolitain, celui-là, le Concile déclare qu'il ne doit pas être considéré comme évêque ». Et le Concile continue : « Une coutume ancienne et une vieille tradition veulent qu'un honneur spécial soit rendu à l'évêque de Jérusalem; en conséquence, que cet évêque jouisse de cet honneur sans cependant porter atteinte à la dignité du métropolitain ». — Le Concile de Nicée approuve donc la coutume qui a conféré aux évêques d'Alexandrie, d'Antioche et de Jérusalem une dignité particulière à l'instar de la primauté possédée par l'évêque de Rome.

Puis, c'est le Concile de Sardique qui, en 351, condamne d'une façon particulièrement énergique la coutume qui autorise un évêque à transférer son siège d'une ville dans une autre. « *L'évêque Osius déclare : la coutume mauvaise est à arracher jusqu'à la racine non moins qu'une pra-*

(1) Concile de Nicée, can. VI et can. VII. Isidori mercatoris Decretalium collectio. — Migne, P. L., t. CXXX, col. 258.

tique pernicieuse et corruptrice. Qu'il ne soit donc permis à aucun évêque de passer d'un lieu dans un autre. Et tous les assistants de dire : Oui, cela nous agréé » (1).

C'est ensuite saint Grégoire de Nazianze (328-389) qui affirme que, si la coutume a la valeur d'une loi, il n'en demeure pas moins que toutes les prescriptions peuvent être vaincues par la raison (2); puis saint Ambroise (340-397) qui déclare : *En toutes choses je désire suivre l'Eglise de Rome, mais cependant nous, hommes, nous possédons la faculté de juger; dès lors, si ce qui est observé ailleurs qu'à Rome est plus conforme à la raison, c'est à celle pratique que nous nous arrêterons à juste titre* (3).

C'est enfin le grand Basile (329-370) qui parle longuement de la coutume qu'il considère comme un écoulement de la tradition et qu'il invoque comme témoignage, tant en faveur de sa manière d'adorer le Saint-Esprit, que pour interdire à un veuf d'épouser la sœur de sa femme. Parmi les institutions ecclésiastiques, les unes nous viennent des écritures, déclare saint Basile, les autres nous ont été transmises par la tradition des Apôtres et ont été confirmées par leurs successeurs. Une même vertu et une même efficacité appartiennent aux unes comme aux autres; quiconque a un peu connaissance des Saintes Écritures ne peut en douter. Si en effet nous tentions d'estimer pour rien les coutumes de l'Eglise qui ne nous sont transcrites que par les Pères et sans Écriture, qui ne voit quel détriment immense en résulterait pour la religion? Quelle est donc l'Écriture qui enseigne aux fidèles à se signer du signe de la croix? Quelle est celle qui nous a recommandé les signes de croix multipliés sur le pain et sur le vin, puis les prières, et les paroles de la Consécration? car nous ne nous contentons pas des quelques mots que nous ont transmis les Évangélistes ou l'Apôtre; à ces mots nous avons ajouté beaucoup d'autres paroles complémentaires et explicatives. De même quelle prescription écrite nous a ordonné de nous tourner vers l'Orient pour prier (4)? Et encore nous bénissons les fonts baptismaux

(1) « Osius episcopus dixit : non minus mala consuetudo quam perniciose corruptela funditus eradicanda est, ne cui liceat episcopo de civitate sua ad aliam civitatem transire... Universi dixerunt placet » (Isidori mercatoris Decretalium collectio. Incipit Concilium Sardicense trecentorum episcoporum, cap. I.—Migne, P. L., t. CXXX, col. 273).

(2) « Nam consuetudo etiam legis obtinet locum, sed tamen omnia ratione vinci possunt » (S. Gregorii Nazianzeni, *Carminum*, liber I, *Theologica poemata*; sectio II, *poemata moralia*. — Migne, t. XXXVII, col. 799).

(3) « In omnibus cupio sequi Ecclesiam romanam, sed tamen et nos homines sensum habemus; ideo quod alibi rectius servatur et nos recte custodimus » (S. Ambrosii, lib. III, *de sanctis*, c. I; passage cité en note à propos d'une réponse de saint Grégoire le Grand à saint Augustin de Cantorbéry, dans Migne, t. LXXVII, col. 1186 et 1187).

(4) Clément d'Alexandrie (mort en 217) a étudié longuement, bien avant saint

et l'huile de l'onction; nous conférons le baptême par trois immersions (1), nous oignons d'huile le catéchumène, nous le faisons renoncer à Satan, à ses pompes, à ses œuvres. Or toutes ces prières, tous ces rites et beaucoup d'autres encore, nous viennent de la tradition orale des Pères, tradition mise en honneur par la pratique ecclésiastique et traduite par les mystères, beaucoup plus que consignée par l'Écriture (2).

Puis, passant à la question de l'Esprit-Saint, saint Basile poursuit à peu près sur le même ton : « Aux Pneumatomaques (adversaires de l'Esprit-Saint) qui nous reprochent qu'en adorant le Saint-Esprit conjointement avec le Père et le Fils (au lieu de ne voir en lui qu'une créature du Père et du Fils), nous employons une expression qui manque de témoignages et qui n'existe pas dans l'Écriture, nous répondons : si rien d'autre n'est reçu sans l'appui de l'Écriture, eh bien! nous cessons d'adorer le Saint-Esprit avec le Père et le Fils; mais si plusieurs autres mystères sont reçus par nous sans l'appui de l'Écriture, nous maintenons notre façon d'adorer l'Esprit-Saint en même temps que ces autres mystères; car c'est être fidèle aux Apôtres que d'adhérer aux traditions non écrites : je vous loue, dit l'Apôtre (1, *Corinthiens*, XI, 2), de ce que vous tenez les traditions comme je vous les ai transmises. Et encore (II, *Thessaloniens*, II, 14) : tenez les traditions que vous avez reçues, soit par ma parole, soit par mon épître. Or l'une de ces traditions est précisément celle d'adorer l'Esprit-Saint avec le Père et le Fils : les Apôtres l'ont prescrite à l'origine, puis ils l'ont transmise à leurs successeurs, et, grâce à l'usage et à la durée, cette pratique s'est enracinée dans les églises par la longue coutume... Mais vous voulez peut-être, ajoute saint Basile, que je vous énumère quels sont les auteurs et les défenseurs de cette pratique. Soit. Je l'ai reçue de celui qui m'a baptisé, et je trouve beaucoup d'auteurs tout à fait dignes de vénération, en raison de leur ancienneté et aussi de leur science incontestable, qui l'ont transmise avant moi... Tels Irénée, et Clément de Rome, et Denys de Rome, et Denys d'Alexandrie, et aussi Origène qui, respectueux de la coutume, a parlé précisément de l'Esprit-Saint. De même Grégoire le Grand a conservé cette tradition dans l'Église. Comment donc peut-on me dire que je suis un innovateur et l'inventeur de nouvelles formules, alors que j'ai pour moi toutes les nations, et les cités, et la coutume la

Basile, les raisons pour lesquelles les chrétiens prient le visage tourné vers l'Orient. « Quoniam diei natalis imago est Oriens atque illinc quoque lux augetur quæ primum illuxit ex tenebris » (*Stromatum*, lib. VII, Migne, P. G., t. IX, col. 462).

(1) Zonaras, historien grec du XI^e siècle, reproche à Basile d'avoir affirmé qu'aucun texte écrit ne renfermait la prescription de plonger trois fois le catéchumène dans l'eau : le 50^e canon apostolique ordonnait cette triple immersion, déclare-t-il.

(2) S. Basilii Magni, liber de *Spiritu Sancto*, cap. XXVII (66). — Migne P. G., t. XXXII, col. 187.

plus ancienne qui existe dans la mémoire humaine, et alors que je vous démontre que les hommes les plus éminents en science et en vertus, les colonnes mêmes de l'Église, sont les auteurs et les défenseurs de cette formule d'adoration... Depuis que l'Évangile a été annoncé jusqu'à maintenant, cette formule a été usitée dans l'Église et son sens est pieux et religieux parmi tous les autres » (1). — A vrai dire, saint Basile a pour lui la tradition la plus antique et la plus vénérable dans l'Église (2).

D'ailleurs, c'est encore en faisant appel à la coutume ecclésiastique que saint Basile interdit à un mari de contracter mariage avec la sœur de sa femme défunte : « Tout d'abord, écrit-il, nous pouvons opposer à nos contradicteurs, — et cela est d'un grand poids en ces sortes de choses, — notre pratique ou coutume comme ayant force de loi, parce que ces règlements nous ont été transmis par des hommes saints. Or notre pratique coutumière est la suivante : si quelque homme vaincu par le vice impur en était arrivé à prendre pour femme les deux sœurs, cette union n'était pas considérée comme un mariage, et ces époux n'étaient pas admis dans les assemblées chrétiennes avant de s'être séparés l'un de l'autre. Et, quand bien même je ne pourrais apporter d'autre argument pour interdire de tels mariages, la coutume suffirait par elle seule à défendre la bonne cause » (3).

Saint Basile a donc en grande considération la coutume (4). Le IV^e siècle continue la tradition des II^e et III^e siècles.

(1) S. Basilii, liber de *Spiritu Sancto*, cap. XXIX. — Migne, *P. G.*, t. XXXII, col. 199 et sq.

(2) Dans une de ses lettres, saint Basile précise sa pensée en disant que, s'il adore l'Esprit-Saint avec le Père et le Fils, suivant en cela la coutume née de la tradition, il n'en adore pas moins, — comme le veut encore la coutume, — une seule Bonté, une seule Puissance, une seule Divinité; les hérétiques, qui opposent à cette coutume une coutume contraire pratiquée par eux, ne peuvent s'en prévaloir; car dans le cas où une coutume s'oppose à une autre coutume, c'est à la Sainte Ecriture qu'il convient de recourir pour décider quelle est la coutume qui a pour elle la vérité (S. Basilii Magni, *Epistolarum classis II*, epist. CLXXXIX, Eustachio archiatro. — Migne, *P. G.*, t. XXXII, col. 687). — La foi catholique adore trois personnes en un seul Dieu, mais elle proclame en effet qu'il n'y a qu'une seule Bonté, une seule Puissance, une seule Nature comme il n'y a qu'une seule Divinité.

(3) S. Basilii Magni, *Epistolarum classis II*, epist. CLX (2), Diodoro. — Migne, *P. G.*, t. XXXII, col. 623.

(4) A propos d'une punition à infliger à un diacre coupable de fornication, saint Basile distingue les sanctions qui sont de droit strict et celles qui viennent de la coutume; certains voulaient condamner le diacre coupable en l'excluant de la communion des fidèles. Saint Basile proteste et demande qu'on adoucisse la sanction du droit en faisant application de la sanction établie par la coutume et qu'on se contentât d'exclure le clerc de l'ordre du diaconat : « Itaque scire nos utraque oportet, et quæ sunt summi juris, et quæ sunt consuetudinis : sequi autem in iis quæ summum jus non admittunt formam traditam » (S. Basilii Magni, *classis II*, epist. CLXXXVIII, *Amphilochio de Canonibus*, can. III. — Migne, *P. G.*, t. XXXII, col. 671).

CHAPITRE V

LA COUTUME AU V^e SIÈCLE

Jean Cassien (350?-440). — Saint Jérôme (331-420). — Innocent I (402-417). — Saint Augustin (354-430). — Théodoret de Cyr (387-458). — Saint Léon le Grand (440-461). — Saint Maxime (mort vers 465).

Avec le v^e siècle, le progrès s'affirme de plus en plus. C'est le siècle de Jean Cassien, de saint Jérôme, d'Innocent I, de saint Augustin, de Théodoret de Cyr, de saint Léon le Grand et de saint Maxime. Tous ces écrivains ecclésiastiques, mais saint Augustin plus que tous les autres, sont des défenseurs de la tradition et contribuent à jeter quelques éclaircissements sur la question, encore bien confuse, de la coutume en matière ecclésiastique.

Jean Cassien (350 ou 360 à 440) rapporte la sentence d'un certain abbé Théonas, sentence suivant laquelle *il faut se soumettre à l'autorité des Pères et à la coutume des ancêtres pratiquée sans interruption, même si on ne perçoit pas la raison de cette coutume* (1).

Saint Jérôme (331-420), à propos du jeûne du samedi et de la communion quotidienne, écrit à Lucinius : « Hippolyte et d'autres écrivains ont traité de la question du jeûne du samedi et de la communion quotidienne, pratiques observées par l'Église de Rome et l'Espagne. *Moi je te recommande d'observer les traditions ecclésiastiques (surtout celles qui ne portent pas préjudice à la foi), telles qu'elles ont été transmises par les ancêtres, et de ne pas renverser la coutume des uns en lui substituant une autre pratique usitée chez d'autres* » (2).

(1) « Oportet quidem nos auctoritati Patrum consuetudinique majorum usque ad nostrum tempus per tantam annorum seriem protelatae, etiam non percepta ratione, cedere; eamque, ut antiquitus tradita est, juxta observantia ac reverentia custodire » (Joannis Cassiani, collatio XXI, caput XII, *Responsio de natura eorum-quae bona vel mala vel media sunt*. — Migne, P. L., t. XLIX, col. 1185)..

(2) « Ego illud breviter te admonendum puto, traditiones ecclesiasticas (praesertim quae fidei non officiant) ita observandas, ut a majoribus traditae sunt; nec aliorum consuetudinem aliorum contrario more subverti » (S. Hieronymi, epistola LXXI-6; ad Lucinum. — Migne, P. L., t. XXII, col. 672).

Innocent I (pape de 402 à 417) demande à Decentius, évêque de Gubbio, de se soumettre à la coutume de l'Église de Rome en ce qui concerne les ordinations et les consécration, et de lui signaler les évêques qui seraient tentés d'adopter une autre pratique; il lui rappelle de même que les diares, selon l'observance du siège de Pierre, ne doivent pas porter la Sainte Eucharistie s'il y a des évêques ou des prêtres présents (1).

Mais voici saint Augustin (354-430). Le premier, parmi les Pères de l'Église, il va énoncer quelques propositions qui permettront de mettre de l'ordre parmi les opinions plus ou moins contradictoires émises jusqu'alors sur la question de la coutume.

Ce n'est pas que saint Augustin approuve indistinctement toutes les coutumes. (Et qui d'ailleurs pourrait sagement le faire?) Lui-même dans une lettre à Alipe, évêque de Tagaste, raconte comment, étant encore simple prêtre, il a obtenu par ses exhortations que les fidèles d'Hippone renonçassent à une coutume des églises d'Afrique, qui les conviait à célébrer par des festins impurs les fêtes des saints (2); et, dans une autre lettre, il ne craint pas de condamner l'habitude de lire l'avenir en ouvrant les pages de la Sainte Écriture : Quoi qu'il vaille encore mieux recourir à ce moyen, dit-il, que d'aller consulter les démons, cependant, elle me déplaît cette coutume d'interpréter des oracles divins, qui me parlent de l'autre vie, dans un sens profane, pour nos affaires temporelles et pour satisfaire la vanité de la vie (3).

Ce n'est même pas que saint Augustin renonce à la formule déjà en honneur avant lui : la raison et la vérité sont préférables à la coutume; non, car cette formule il la fait sienne en deux circonstances d'inégale importance. D'abord, dans son livre « sur la musique », à propos des divers noms à donner aux différentes mesures : le mieux, dit-il, est de conserver les noms en usage chez les Grecs et cela sans discussion; car les vieilles appellations ne sont pas à mépriser et *il ne faut pas aisément s'écarter de la coutume, sauf si elle s'oppose à la raison* (4). Puis, dans son livre *du baptême contre les Donatistes*, à propos de la fameuse question du second baptême des hérétiques (saint Augustin est opposé à ce second baptême), il reprend, un par un, pour les réfuter longuement, les arguments de saint Cyprien et des évêques d'Afrique. En réponse à

(1) Appendix ad S. Leonis Magni opera, *Codez Canonum eccles. et Constitutionum S. Sedis apostol.* — Migne, P. L., t. LVI, col. 513. Capitulum XXIII. Epistola Innocentii papae ad Decentium, Egubinum episcopum sub titulis VII.

(2) S. Augustini, epist. XXIX, § 8. Migne, P. L., t. XXXIII, col. 118.

(3) S. Augustini, epist. LV, cap. XX, § 37. Migne, P. L., t. XXXIII, col. 222.

(4) S. August., *de Musica*, lib. II, cap. VIII, § 15 : « Nec facile a consuetudine recedendum, nisi quæ rationi adversatur ». — Migne, P. L., t. XXXII, col. 1108.

l'affirmation par laquelle saint Cyprien déclare que la vérité doit l'emporter sur la coutume, il dit : *A coup sûr, cela est vrai, quand il y a opposition entre la vérité et la coutume, mais quand la coutume s'appuie sur la vérité, la vérité n'a pas de meilleur soutien que la coutume* (1).

Mais, ce qui signale surtout saint Augustin à l'attention, c'est qu'il pose les règles générales qui, selon lui, doivent régir la coutume.

La première règle qu'il propose est la suivante : *Dans les matières sur lesquelles la Sainte Ecriture n'a rien établi de certain, la coutume du peuple de Dieu ou les institutions des ancêtres sont à observer comme loi* (2).

— Telle est en effet la réponse que saint Augustin fait parvenir au prêtre Casulanus relativement au jeûne du samedi : Tu me demandes s'il est permis de jeûner le samedi. Evidemment on peut le faire : Elie, Moïse, le Christ l'ont fait en jeûnant quarante jours; on pourrait même jeûner le dimanche; mais, en le faisant, on causerait à juste titre du scandale. Mieux vaut donc s'abstenir. — En vertu de ce même principe, saint Augustin approuve la pratique qui veut que l'on communie à jeun : il ne faut pas reprocher à l'Eglise universelle, écrit-il à Januarius, d'exiger que le Corps du Christ soit toujours reçu à jeun. Il a plu en effet au Saint-Esprit que, en l'honneur d'un si grand sacrement, le corps du Christ fût le premier aliment à être reçu par les chrétiens; et c'est pour cela que cette coutume est observée dans l'univers entier : car nul doute que, si le Sauveur avait demandé à être toujours reçu après d'autres aliments, personne n'eût osé faire varier cette pratique. En raison des recommandations faites par Paul aux Corinthiens et de la promesse qu'il leur donne de régler de vive-voix les détails qui concernent la communion, on peut même conclure que c'est lui qui a prescrit oralement de n'introduire aucune diversité de pratiques dans la réception de l'Eucharistie (3). De même, c'est toujours en vertu de ce principe que saint Augustin approuve, d'une part, la coutume du chant dans les Eglises (4), d'autre part, celle de l'institution du temps pascal, c'est-à-dire des cinquante jours qui séparent le jour de Pâques de celui de la Pentecôte : C'est la coutume de l'Eglise qui, dit-il, a établi avec force qu'il y aurait quarante jours à observer après la fête de Pâques, et aussi

(1) S. August., *de Baptismo contra Donatistas*, lib. IV, cap. V : « Hoc plane verum est quia ratio et veritas consuetudini præponenda est. Sed cum consuetudini veritas suffragatur, nihil oportet firmitus retineri. — Migne, *P. L.*, t. XLIII, col. 157.

(2) « In his enim rebus de quibus nihil certi statuit Scriptura divina, mos populi Dei, vel instituta majorum pro lege tenenda sunt » (S. Augustini, *epist. XXXVI, Casulano presbytero*, cap. I, § 2. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 136).

(3) S. Augustini, *epist. LIV, Januario*, cap. VI, § 8. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 203.

(4) S. Augustini, *epist. LV, Januario*, c. XVIII, § 34. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 221.

que, pendant huit jours, les néophytes se distingueraient des autres, chrétiens (1).

Saint Augustin énonce d'ailleurs une seconde règle, d'une application plus fréquente que la première : *En présence de ce qui n'est contraire ni à la foi ni aux bonnes mœurs, il n'y a qu'à se tenir indifférent et il convient d'observer ce que font ceux au milieu desquels nous vivons* (2). Nous gardons avec soin, écrit en effet saint Augustin, les choses qui, non écrites, mais transmises par la tradition, sont observées par toute la terre; car il est à croire que ces choses ont été ordonnées, ou par les Apôtres eux-mêmes, ou par les Conciles pléniers dont l'autorité est fort salutaire; c'est ainsi que nous célébrons chaque année la Passion de Notre-Seigneur, sa Résurrection, son Ascension et la venue de l'Esprit-Saint, et aussi, tout ce qui est de pratique universelle dans l'Église. Mais, quant aux pratiques qui varient de lieu à lieu; de région à région, ces pratiques sont libres, et la discipline d'un lieu ne s'impose pas d'une façon tellement supérieure à celle d'un autre lieu, qu'il ne soit convenable de suivre la coutume de l'Église dans laquelle on vient à passer. — Et saint Augustin continue : Ma mère m'a suivi à Milan; là, elle s'est trouvée dans une église où l'on ne jeûne pas le samedi; elle hésita sur la conduite qu'elle devait tenir. J'ai consulté à son intention Ambroise; il m'a répondu que je ne pouvais faire mieux que ce qu'il faisait lui-même. Quand je vais à Rome, je jeûne le samedi, me répondit-il; quand je suis dans mon église de Milan, je ne jeûne pas. Faites de même; observez la coutume de l'église dans laquelle vous vous trouvez, de peur de devenir une cause de scandale pour le prochain ou bien d'être scandalisé par lui. — Je rapportai à ma mère la réponse d'Ambroise; elle l'accepta avec joie. Pour moi, plus je réfléchis sur cette réponse, plus je la considère comme un oracle duciel. *Que de fois en effet ai-je gémi et souffert en voyant de graves dissensions éclater entre chrétiens, soit par l'obstination des uns, soit par la timidité superstitieuse des autres, chacun prétendant que cela seul qu'il faisait était bien. Dans les matières qui ne sont réglées, ni par l'autorité de la Sainte Ecriture, ni par la tradition de l'Eglise universelle, ni par le motif de faciliter l'amendement de la vie, le mieux est de suivre la coutume du lieu dans lequel on se trouve* (3); car,

(1) S. Augustini, epist. LV, *Januario*, c. XVII, § 32. — Migne, P. L., t. XXXIII, col. 220.

(2) « Quod enim neque contra fidem neque contra bonos mores esse convincitur, indifferenter est habendum, et propter eorum inter quos vivitur societatem servandum est » (S. Aug., epist. LIV, *Januario*, c. II, § 2. — Migne, P. L., t. XXXIII, col. 202).

(3) « Sensi enim sæpe dolens et gemens multas infirmorum perturbationes fieri, per quorundam fratrum contentiosam obstinationem, vel superstitiosam timiditatem, qui in rebus hujusmodi, quæ neque Scripturæ sanctæ auctoritate, neque universalis Ecclesiæ traditione, neque vitæ corrigendæ utilitate, ad certum possunt ter-

si un changement de coutume, alors même qu'il est utile est déjà une cause de trouble par sa nouveauté, à fortiori, est-il nuisible quand il n'est pas prescrit par l'utilité (1).

Aussi bien saint Augustin applique-t-il la règle qu'il vient d'énoncer à des cas concrets multiples. Dans certains lieux, remarque-t-il, c'est la coutume de célébrer deux fois la messe le jeudi saint, une fois le matin, une fois le soir; dans d'autres régions la coutume est de ne la célébrer ce jour-là qu'une seule fois, ici le matin, là vers la fin du jour. *Celui qui prétendrait qu'on agit mal et d'une façon illicite, parce qu'on agit autrement que lui, porterait un jugement bien puéril; un tel jugement il faut éviter de le porter, le tolérer dans les autres, le corriger dans nos proches* (2). De même en ce qui concerne le lavement des pieds dans la cérémonie du baptême : les uns n'ont pas voulu le donner dans le baptême même; d'autres l'ont donné le troisième ou le huitième jour après le baptême; d'autres l'ont supprimé complètement. C'est une matière libre (3). De même aussi pour les chants plus ou moins nombreux : les Donatistes chantent beaucoup et fort; ils nous reprochent de ne pas chanter assez et d'être paresseux en cela (4). De même encore pour le jeûne du samedi, la pratique de l'Église varie d'église à église (5). — Il n'est pas jusqu'à la question du baptême des enfants sur laquelle saint Augustin ne laisse aux fidèles une certaine liberté de penser : *La coutume de notre Mère l'Eglise de donner le baptême aux enfants n'est nullement à mépriser et elle ne doit en aucune façon être jugée superflue, mais elle ne serait tout à fait à admettre comme obligatoire que si elle était de tradition apostolique* (6).

A ces deux règles saint Augustin en ajoute une troisième qui n'est que le complément des deux premières : « Il faut éviter de multiplier les pratiques inutiles dans l'Église ». — Pour ce qui est de l'emploi du

minum pervenire...; tam litigiosas excitant quæstiones, ut nisi quod ipsi faciunt, nihil rectum existiment » (S. Augustini, epist. LIV, *Januario*, cap. II, § 3. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 20).

(1) « Ipsa quippe mutatio consuetudinis, etiam quæ adjuvat utilitate, novitate perturbat. Quapropter quæ utilis non est, perturbatione infructuosa consequenter noxia est » (S. Augustini, epist. LIV, cap. V, § 6. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 203).

(2) « Si vero... male atque illicite fieri contendat, quoniam alibi aliter ipse viderit, puerilis est iste sensus, cavendus in nobis, tolerandus in aliis, corrigendus in nostris » (S. Augustini, epist. LIV, cap. IV, § 5. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 202).

(3) S. Augustini, epist. LV, cap. XVIII, § 33. — Migne, *P. L.*, XXXIII, col. 220.

(4) S. Augustini, epist. LV, cap. XVIII, § 34. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 221.

(5) S. Augustini, epist. LIV, cap. II, § 2. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 200.

(6) « Consuetudo tamen matris Ecclesiæ in baptizandis parvulis nequaquam spernenda est, neque ullo modo superflua deputanda, nec omnino credenda nisi apostolica esset traditio » (S. Augustini, *De Genesi ad litteram*, lib. X, *de animarum origine*, cap. XXIII. — Migne, *P. L.*, t. XXXIV, col. 426).

temps dans les assemblées des chrétiens, dit-il, je ne vois pas comment définir ce qui est le meilleur, le plus utile et le plus saint. Ce qui est institué en dehors de la coutume de l'Église universelle comme, par exemple, ce qui accompagne l'administration du sacrement, je ne puis l'approuver, encore que, en raison du scandale à éviter parmi les personnes ou saintes ou troublées, je n'ose plus librement le désapprouver, Mais je souffre de ce qu'on néglige certaines prescriptions très sages de nos livres divins et que, par ailleurs, on tombe dans de telles exagérations qu'on en arrive à reprendre plus sévèrement le fidèle, qui a le malheur de marcher pieds-nus pendant les octaves qui le concernent, que le fidèle qui endort son esprit en se livrant à l'ébriété (1). *J'estime en effet qu'il faut, là où c'est possible, couper court sans hésitation à toutes ces pratiques qui ne sont, ni contenues dans la Sainte Ecriture, ni établies par les conciles des évêques, ni recommandées par la coutume de l'Eglise universelle, et qui varient selon les lieux et selon les habitudes d'une façon si innombrable que c'est à peine si on peut savoir les motifs qu'ont eus les hommes en les instituant. Car, quoiqu'on ne puisse dire que ces pratiques s'opposent à la foi, néanmoins elles surchargent la piété (que la miséricorde de Dieu, si on en excepte la célébration de quelques rares sacrements très certains, a voulue libre) de pratiques si serviles et si onéreuses que pour un peu la condition ancienne des Juifs semblerait préférable à celle des chrétiens; les Juifs qui cependant n'ont pas vécu sous la loi d'amour n'étaient du moins soumis qu'à des pratiques ordonnées par la Loi, et non pas à des pratiques inventées par les hommes* (2).

En réalité les œuvres de saint Augustin renferment les solutions qui permettront un jour d'établir une doctrine de la coutume dans l'Église; ces solutions, il est vrai, ne sont pas mises en relief par le docteur de l'Église lui-même; elles sont données çà et là au gré des circonstances; elles n'en demeurent pas moins très nettement indiquées et elles manifestent avec évidence la largeur de vues de saint Augustin qui, ici comme en matière apologétique, se trouve être un précurseur : son génie a projeté sur la question si obscure de la coutume en matière ecclésiastique

(1) S. Augustini, epist. LV, cap. XIX, § 35. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 221.

(2) « Omnia itaque talia, quæ neque sanctarum Scripturarum auctoritatibus continentur, nec in conciliis episcoporum statuta inveniuntur, nec consuetudine universæ Ecclesiæ roborata sunt, sed pro diversorum locorum diversis moribus innumerabiliter variantur, ita ut vix aut omnino nunquam inveniri possint causæ, quas in eis instituendis homines secuti sunt, ubi facultas tribuitur, sine ulla dubitatione resecanda existimo. Quamvis enim neque hoc inveniri possit, quomodo contra fidem sint; ipsam tamen religionem, quam paucissimis et manifestissimis celebrationum sacramentis misericordia Dei esse liberam voluit, servilibus oneribus premunt, ut tolerabilior sit conditio Judæorum, qui etiamsi tempus libertatis non agnoverunt, legalibus tamen sarcinis, non humanis præsumptionibus subjiциuntur » (S. Augustini, epist. LV, cap. XIX, § 35. — Migne, *P. L.*, t. XXXIII, col. 221).

tique une lumière précieuse, encore qu'il ait laissé à l'avenir le soin de construire méthodiquement une synthèse proprement didactique.

Pour en finir avec la littérature du ^{ve} siècle, il faut encore citer un passage curieux de Théodoret, évêque de Cyr, et deux coutumes anciennes mentionnées, l'une par saint Léon le Grand, l'autre par saint Maxime.

Théodoret de Cyr (387-458) exhorte les païens à se convertir au christianisme et, pour cela, à préférer la vérité aux coutumes de leurs ancêtres et aux mœurs de leur patrie : C'est le propre des hommes prudents, déclare-t-il, de ne pas présumer la vérité et de ne pas s'asservir aux mœurs de leurs pères, mais de chercher la vérité et l'utilité partout où elles se rencontrent. C'était le conseil de Socrate à Criton(1). Et dans un autre sermon il ajoute : Les chrétiens n'auraient jamais méprisé, comme ils l'ont fait, les lois antiques, et les écrits de leurs ancêtres, et les coutumes enracinées, et les institutions de leur patrie, s'ils n'avaient admiré la vérité des dogmes des pêcheurs et découvert la fausseté des dogmes païens (2).

Saint Léon le Grand (440-461) recommande de conserver avec une dévotion persévérante les institutions qui dérivent des traditions apostoliques (3) et, en particulier, la coutume de faire des collectes dans les assemblées des fidèles pour subvenir aux besoins des malheureux ; les richesses, ajoute-t-il, nous ont été données par Dieu, non pas tant pour être possédées que pour être distribuées (4).

Enfin saint Maxime, évêque de Turin (mort vers 465), signale comme très ancienne déjà dans l'Église la coutume d'imposer les cendres sur le front des fidèles le quatrième jour avant le premier dimanche de carême (5).

Ces divers documents n'ont pas tous certes la même importance, mais ils contribuent, chacun à leur façon, à enrichir l'enquête ouverte sur la question de la coutume.

(1) Theodoret, *Thérapeutique*, Sermo I, *de fide*. — Migne, *P. G.*, t. LXXXIII, col. 811.

(2) Theodoret, sermo IX, *de legibus*. — Migne, *P. G.*, t. LXXXIII, col. 1043.

(3) S. Leonis Magni, sermo VIII, *de collectis III*. — Migne, *P. L.*, t. LIV, col. 159.

(4) S. Leonis Magni, sermo X, *de collectis V*. — Migne, *P. L.*, t. LIV, col. 164.

(5) S. Maximi Taurinensis, homilia XXXVI. — Migne, *P. L.*, t. LVII, col. 301.

CHAPITRE VI

LA COUTUME AU VI^e SIÈCLE

Saint Grégoire le Grand (540-604).

Au VI^e siècle saint Grégoire le Grand semble le seul auteur ecclésiastique qui ait parlé de la coutume avec quelque insistance, et encore appartient-il à la fin du VI^e siècle (540-604).

L'enseignement de saint Grégoire peut d'ailleurs se résumer en ces trois propositions : la diversité des coutumes ne nuit pas à l'unité de la foi ; leur rôle est de soulager, et non de surcharger, les fidèles ; leur valeur n'est certes pas négligeable.

Et tout d'abord la diversité des coutumes ne nuit pas à l'unité de la foi. C'est ce que répond saint Grégoire à Léandre, évêque de Séville (mort en 506). L'évêque de Séville a consulté le pape pour savoir si on pouvait maintenir la coutume qui avait prévalu en Espagne de n'immerger le catéchumène qu'une seule fois, afin de ne pas donner prise à l'erreur d'Arius, lequel prétendait que les trois immersions, faites pour conférer le baptême, symbolisaient les trois natures qu'il distinguait à tort dans la Sainte Trinité. Saint Grégoire le Grand répond : *Rien n'est plus vrai que ce que vous m'exposez ; car les coutumes diverses qui se rencontrent dans la Sainte Eglise ne font en rien obstacle à l'unité de la foi* (1). Si, à Rome, on donne le baptême en immergeant trois fois le catéchumène dans l'eau, c'est, ou bien pour signifier les trois jours de la sépulture du Christ, la troisième immersion représentant la Résurrection, ou bien pour honorer la Trinité des personnes. Mais le baptême conféré au moyen d'une seule immersion a l'avantage de mieux représenter l'unité de nature en Dieu. Ne faites donc qu'une seule immersion. — Saint Grégoire ne tient nullement d'ailleurs à unifier les coutumes au détriment du bien des Églises. La preuve en est que, dans une lettre à saint Augustin de Cantorbéry, il recommande au fondateur de l'Église d'Angleterre, non pas tant de reproduire une par une les coutumes de

(1) « Nil responderi verius potest quam ipsi sensistis, quia in una fide nihil officit sanctæ Ecclesiæ consuetudo diversa » (S. Gregorii Magni, *Epistolarum*, lib. I, indict. IX, epist. XLIII. — Migne, P. L., t. LXXVII, col. 497).

l'Église de Rome, que de choisir parmi les coutumes des autres églises les meilleures et de les faire siennes : Votre fraternité connaît la coutume de l'Église de Rome puisque c'est dans cette Eglise que vous avez été élevé; mais il me plaît, dit le pape, que vous choisissiez avec soin les coutumes que vous trouverez les plus glorifiantes pour Dieu, soit dans l'Église de Rome, soit dans celle des Gaules, soit dans toute autre église, et que vous les introduisiez dans cette église que vous avez nouvellement établie dans la foi. Les choses, en effet, ne sont pas à aimer pour les lieux, mais les lieux pour les choses. *Choisissez donc dans chaque église ce qui est pieux, ce qui est religieux, ce qui est juste, et faites de ces diverses pratiques, réunies comme en un faisceau, la coutume des catholiques d'Angleterre* (1).

Saint Grégoire a vraiment l'esprit très ouvert; il met en pratique les leçons de saint Augustin. Ce n'est pas cependant qu'il estime de même prix toutes les coutumes. Dans une lettre à Jean, évêque de Syracuse, il ne craint pas de se défendre contre l'accusation qu'on a portée contre lui d'avoir introduit dans l'Église romaine les coutumes de l'église de Constantinople en ce qui concerne les rites de la messe : Ces coutumes que nous avons introduites, déclare-t-il, à savoir qu'on dirait un *Alleluia* à la messe en dehors du temps de la Pentecôte, que les sous-diacres officieraient sans tunique, qu'on réciterait tant le *Kyrie Eleison* au début de la messe que l'Oraison dominicale aussitôt après le Canon, ces coutumes en les introduisant nous n'avons voulu imiter aucune autre église; nous n'avons nullement subi les coutumes des Grecs; nous avons simplement, soit restauré nos vieilles institutions tombées en désuétude, soit établi de nouvelles et utiles pratiques (2). De même encore, dans une lettre à Félix, évêque de Messine, il distingue entre les coutumes qui sont à charge aux églises et celles qui servent au contraire à soulager les fidèles, pour ne recommander que les secondes : *il convient, écrit-il, de supprimer les coutumes qui constituent une surcharge pour les églises, afin que les fidèles ne soient pas accablés par des pratiques dont ils attendent plutôt du soulagement.*

Mais saint Grégoire le Grand reconnaît la haute autorité de la coutume; dans cette même lettre à l'évêque de Messine, il lui recommande

(1) « Ex singulis ergo quibusque Ecclesiis quæ pia, quæ religiosa, quæ recta sunt elige, et hæc quasi in fasciculum collecta apud Anglorum mentes in consuetudinem depone » (S. Gregorii Magni, *Epistolarum* lib. XI, indict. IV, epist. LXIV, ad *Augustinum Anglorum episcopum*. — Migne, P. L., t. LXXVII, col. 1187).

(2) S. Gregorii Magni, *Epistolarum* lib. IX, indict. II, epist. XII, ad *Joannem Syracusanum episcopum*. — Migne, P. L., t. LXXVII, col. 956.

(3) « Consuetudines quæ Ecclesiis gravamen noscuntur inducere nostra nos decet consideratione remittere, ne illuc aliqua cogantur inferre, unde sibi inferenda debent potius exspectare » (S. Gregorii Magni, *Epistolarum* lib. I, indict. IX, epist. LXVI).

de garder intacte la coutume des clercs et de la leur rappeler chaque année, et, dans une autre lettre à l'évêque Constantius, il lui prescrit de rechercher quelle est la coutume de son église pour savoir s'il doit continuer, en dépit de la plainte qu'on a formulée contre lui, à nommer Jean, évêque de Ravenne, aux messes solennelles (1). — Bien mieux encore : saint Grégoire se soumet lui-même à l'autorité de la coutume. Les évêques de Numidie lui ont demandé une première fois la permission de désigner le plus ancien d'entre eux comme primat. Saint Grégoire refuse; les évêques insistent en invoquant la coutume. Cette fois le pape s'incline et il écrit : Vous nous avez demandé de conserver toutes les coutumes qu'une pratique antique a observées depuis les origines en vertu de l'ordonnance du bienheureux Pierre, prince des Apôtres, jusqu'à nos jours. *Nous vous concédons l'autorisation de conserver sans changement toute coutume qui sera toutefois reconnue ne porter en rien préjudice à la foi catholique; peu importe d'ailleurs que la coutume ait pour objet le choix des primats ou d'autres privilèges* (2). Nous n'exceptons que le cas où il s'agirait d'évêques sortis des rangs des Donatistes : car, pour ces derniers, nous interdisons formellement qu'ils soient promus à la dignité de primats, quand bien même leur ordre d'ancienneté les appellerait à occuper cette place. — Saint Grégoire atteste donc hautement que la coutume confère des droits.

Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir Jean de Ravenne défendre auprès de saint Grégoire les privilèges de son église et, en particulier, le privilège du pallium en faisant appel à la coutume : Vous me reprochez, écrit-il à saint Grégoire, d'usurper par ambition le droit d'user du pallium plus que cela n'aurait été concédé à mes prédécesseurs. Il n'en est rien. D'abord, quoique pécheur, je sais trop combien il serait grave de dépasser les limites fixées par nos pères; de plus, j'ai souvenance d'avoir été élevé dans le sein de l'Église romaine et, avec le secours de Dieu, je veux y demeurer. Aussi que votre béatitude ne pense pas que j'aie en rien attenté d'agir contre l'ancienne coutume : de nombreux habitants de cette ville, sinon tous, et le notaire lui-même, sont prêts à attester qu'il est de coutume que le premier diacre revête du pallium l'évêque de Ravenne, quand le cortège s'organise en vue de pénétrer dans l'Église, et cela se fait également d'une façon habituelle dans la célébration des litanies majeures. Je défie donc qui que ce soit de prou-

(1) S. Gregorii Magni, *Epistolarum* lib. IV, Indict. XII, epist. XXXIX. — Migne, *P. L.*, t. LXXVII, col. 714.

(2) « Et nos quidem juxta seriem relationis vestrae, consuetudinem, quae tamen contra fidem catholicam nihil usurpare dignoscitur, immotam permanere concedimus, sive de primatibus constituendis, caeterisque capitulis » (S. Gregorii Magni *Epistolarum*, lib. I, Indict. IX, epist. LXXVII. — Migne, *P. L.*, t. LXXVII, col. 531).

ver que j'aie introduit quelque nouveauté dans la manière d'user du pallium (1). — Saint Grégoire dût donner raison à l'évêque de Ravenne : il avait trop affirmé lui-même que la coutume avait force de loi pour en méconnaître l'autorité quand un de ses sujets l'invoquait en vue de la défense de ses droits.

(1) S. Gregorii Magni, *Epistolarum*, lib. III, Indict. XI, epist. LVII, Joannis Ravennatis episcopi ad Gregorium Papam. — Migne, *P. L.*, t. LXXVII, col. 654 et 655.

CHAPITRE VII

LA COUTUME AU VII^e ET AU VIII^e SIÈCLE

Saint Isidore, évêque de Séville en 601, mort en 636. — Saint Jean Damascène (676-754).

Le VII^e et le VIII^e siècle n'apportent aucun témoignage nouveau en faveur de la coutume.

Néanmoins, en ce qui concerne le VII^e siècle d'abord, il convient de mentionner l'essai tenté par saint Isidore, évêque de Séville, pour définir, en recourant à l'étymologie des mots, les divers droits en usage tant au point de vue civil qu'au point de vue ecclésiastique. Les définitions étymologiques inventées par Isidore ne sont pas toujours d'une justesse absolue; elles n'en sont pas moins fort souvent originales et instructives.

Saint Isidore (promu évêque en 601, mort en 636) cherche à différencier le droit, les lois et les mœurs. *Le mot droit, dit-il est un terme général; la loi est une espèce du droit. On appelle droit, ce qui est juste : or tout droit se compose des lois et des mœurs* (1). — *La loi est publiée par écrit; la pratique, la mos* (le terme « mos » n'a pas son équivalent en français) *est une certaine manière de vivre qui est devenue obligation et règle de vie sans le secours d'aucune sanction; c'est une loi non écrite qui n'est retenue que par l'usage* (2). — *Entre la loi et les mœurs la différence est la suivante: la loi est écrite; les mœurs, elles, sont des manières habituelles de vivre, approuvées par un usage très ancien; ou encore c'est la loi non écrite; car le mot loi, « lex », vient du latin « legere » qui veut dire « lire »; la loi, étant en effet écrite, demande à être lue* (3). — *Quant à la « mos », c'est une*

(1) « Jus generale nomen est, lex autem juris est species. Jus autem dictum, quia justum. Omne autem jus legibus et moribus constat » (S. Isidori, Hispalensis Episcopi, *Etymologiarum* lib. V, caput III. — Migne, *P. L.*, t. LXXXII, col. 199).

(2) « Inter leges et mores. Lex est scriptis edita, mos autem lex quædam vivendi, nullo vinculo astricta, sive lex non scripta, sed tantum cum usu retenta » (S. Isidori, *Differentiarum*, lib. I, cap. CCCXXXIX. — Migne, *P. L.*, t. LXXXIII, col. 45).

(3) « Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est; mos vero est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta; nam lex a legendo vocata, quia scripta est » (S. Isidori, *Etymologiarum*, lib. II, caput X. *De lege*, n. 1. — Migne, *P. L.*, t. LXXXII, col. 130).

vieille coutume transmise seulement par les mœurs. Or la coutume est un droit établi par les mœurs, droit qui est reçu pour loi quand la loi écrite fait défaut. La coutume est d'ailleurs ainsi nommée parce qu'elle manifeste ce qui est d'un usage commun(1); *elle peut encore se définir : l'usage habituel d'une chose, usage dû au consentement de deux ou plusieurs personnes* (2).

A coup sûr les définitions de saint Isidore sont loin d'être lumineuses; elles ont du moins le mérite de rechercher la première signification des termes. Saint Isidore se sert d'ailleurs, — il est le premier à le faire aussi abondamment, mais il aura des imitateurs, — tant du droit de Justinien que des écrits des auteurs ecclésiastiques qui l'ont précédé. Aussi les définitions qu'il propose ne fournissent-elles aucun renseignement vraiment inédit sur la question de la coutume.

Puis, en ce qui concerne le VIII^e siècle, saint Jean Damascène (676-754), le grand docteur de l'Église d'Orient et le défenseur du culte des images, invoque les traditions non écrites pour légitimer l'adoration de la Croix et la représentation du Christ par des images; à ce propos, il oppose très justement la coutume de l'Église à celle des païens : « Si nous adorons la Croix, déclare-t-il, c'est en raison de la tradition non écrite. De même que l'Évangile a été promulgué dans le monde sans le secours de l'écriture, de même il a été prêché et transmis dans l'univers entier, sans écrit que le Christ-Dieu s'était fait chair et que les Saints seraient représentés par des images; de même encore, c'est sans écrit qu'on a propagé l'adoration de la Croix et l'habitude de prier en se tournant vers l'Orient. En vérité la pieuse institution de l'Église ne peut disparaître en raison de la coutume idolâtre des païens » (3).

(1) « Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantumdem. Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex... Vocata autem consuetudo quia in communi est usu » (S. Isidori, *Etymologia-rum*, lib. II, cap. X, nos 2 et 3. — Migne, *P. L.*, t. LXXXII; col. 131).

(2) « Consuetudo est solitæ rei usus, ex consensu duorum, plurimorumque factus » (S. Isidori, *Differentiarum*, lib. I, n° 122. — Migne, *P. L.*, t. LXXXIII, col. 23).

(3) S. Joannis Damasceni, *De imaginibus*, oratio II. — Migne, *P. G.*, t. XCIV, col. 1303. On peut dire de saint Jean Damascène qu'il est un précurseur de saint Thomas d'Aquin; il a fait pour l'Orient ce que saint Thomas a fait pour l'Occident, autant du moins que cela était possible à l'époque.

CHAPITRE VIII

LA COUTUME AU IX^e SIÈCLE

II^e Concile de Châlon-sur-Saône (813). — Saint Nicéphore, patriarche de Constantinople en 806, mort en 828. — Pseudo-concile de Constantinople de 879. — Photius, patriarche de Constantinople en 866, mort en 891.

Avec le ix^e siècle (1) la question de la coutume reparait. Ce n'est plus sans doute en Occident qu'on en discute, puisque, seul, dans cette partie de l'Eglise romaine, le deuxième concile de Châlon-sur-Saône, tenu en 813, fait mention d'une antique coutume, et c'est pour la condamner, en refusant aux évêques le droit d'exiger des prêtres une redevance pour le luminaire et le baume utilisé dans le saint Chrême (2). Mais c'est en Orient que la coutume est invoquée et par trois fois dans des circonstances importantes : la première fois pour imposer le culte des saintes images; la seconde fois pour tenter de faire valider l'élection d'un laïque au siège archiepiscopal de Constantinople; la troisième fois pour rappeler la valeur de la coutume mise en parallèle avec la loi écrite.

C'est tout d'abord vers 806, saint Nicéphore, patriarche de Constantinople, qui, dans un plaidoyer éloquent contre les iconoclastes, et en particulier contre l'empereur Léon l'Arménien (813-820), montre la part immense qui revient à la coutume dans le culte liturgique de l'Eglise

(1) Une collection de textes ecclésiastiques divers attribuée faussement à Isidore de Séville et plus connue sous le nom de *fausses décrétales* a tenu une grande place dans l'Eglise du Moyen Age. Cette collection fautive pour la forme, — car elle contient des décrétales apocryphes, — est vraie pour le fond, en ce sens qu'elle propose des solutions conformes au droit authentique de l'Eglise. Elle aurait vu le jour dans la première partie du ix^e siècle et aurait pour auteur soit Otgar, archevêque de Mayence, mort en 847, soit Rothade, évêque de Soissons de 814 à 831. Le premier savant qui ait élevé un soupçon sur l'authenticité des « fausses décrétales » ou de « la collection du pseudo Isidore » est, selon toute apparence, le célèbre Nicolas de Cusa (1401-1467) dont l'exemple fut immédiatement suivi par Jean Turrecremata (voir Phillips; *Du droit ecclésiastique dans ses sources*, traduit par l'abbé Crouzet, p. 41-70).

(2) Concilium Cabilonense II, Caroli Magni Imperatoris jussu celebratum, anno Christi 813, can. XVI. — Hardouin, *Acta conciliorum et epistolæ decretales ac constitutiones Summorum Pontificum*, t. IV, col. 1035.

catholique : La tradition non écrite, proclame-t-il, est la plus valide de toutes et elle sert comme de colonne et de base dans les usages de la vie humaine; cette tradition non écrite devient, par sa longue durée, la coutume reçue; puis à son tour la coutume, affermie par un long usage, emprunte la force même de la nature. Or, qu'y a-t-il de plus fort que la nature? L'Évangile lui-même a été transmis sans écriture, et la liturgie doit beaucoup de ses rites à la tradition non écrite, par exemple l'adoration de la Croix et la célébration de la Pâque à une date fixe par tous les chrétiens. De même, ce n'est pas l'écriture qui a introduit l'habitude de la récitation publique du symbole de la foi. Et, que dire des expiations, des jeûnes, des vigiles et des octaves, de leur solennité, de la manière dont se déroulent les divins mystères; puis, de la réception des sacrements, du baptême et des autres que la discipline de l'Église nous propose? Faut-il parler aussi des litanies et des processions à certains lieux? Toutes ces pratiques, qui découlent de la tradition non écrite venue jusqu'à nous par la coutume antique, nous les avons admises, nous les honorons, nous les vénérons et nous les retenons tout comme les pratiques qui ont été sanctionnées par écrit; car la valeur des unes et des autres découle de l'autorité des Apôtres (1). *Bien plus, si les lois écrites sont parfois négligées, cela tient à ce qu'une coutume contraire est en honneur : c'est la coutume qui confirme tout*, proclame avec raison saint Nicéphore dont les termes qui suivent sont particulièrement à méditer : *l'œuvre est plus efficace que la parole; la loi n'est en effet, somme toute, qu'une coutume écrite et, à son tour, la coutume n'est qu'une loi non écrite. Cela se vérifie même en dehors du domaine des choses saintes. Quand les grammairiens remarquent qu'un mot échappe à la règle établie et s'écrit autrement que ne le veut celle règle, mais conformément à une coutume qui prévaut, ils invoquent la tradition en la présentant comme la règle de la règle. Aussi la tradition écrite et la tradition non écrite ont-elles la même autorité au point de vue religieux... Que personne ne dise le contraire..., car, si nous osons récuser les coutumes non écrites ou simplement leur accorder une moindre force, nous faisons tort à l'essence même de l'Évangile et nous réduisons à un simple mot privé de sens toute la doctrine de l'Église* (2). Et Nicéphore conclut : *Quelle est la force qui nous*

(1) S. Nicephori Patriarchæ C. P., Antirrheticus III, adv. Constantinum Copr. — Migne, P. G., t. C, col. 386 et 387.

(2) « Quin adeo leges quoque scripto editas, nihilo tamen minus neglectas videmus, propterea quod traditio et consuetudo diversa vigeat. Omnia enim consuetudo confirmat, quia opus potentius sermone est. Quid aliud enim est lex nisi scripta consuetudo? sicuti vicissim consuetudo est lex non scripta. Hoc facile extra res sacras quoque videre est. Namque et grammatici, si quando accidit ut a dominante regula vocabulum aliquod in libro deviet, et aliter secundum prævalentem consuetudinem scribatur, traditionem excusant tanquam regulam regulæ... Quæ utraque (traditio

porte à honorer les images? C'est la foi; c'est une impulsion intérieure et spontanée qui incline les croyants vers les choses divines; c'est l'amour pieux et très légitime que les chrétiens manifestent avec zèle pour les images; c'est enfin la coutume qui, d'abord transmise à l'Eglise, a été ensuite stabilisée par une longue pratique qui dure encore aujourd'hui (1).

L'argumentation de saint Nicéphore est rigoureuse; sa thèse est solidement établie : la coutume confirme tout; la loi n'est qu'une coutume écrite comme la coutume n'est qu'une loi non écrite; la tradition écrite et la tradition non écrite ont la même autorité.

Moins solide va paraître l'argumentation de Photius, un des successeurs de saint Nicéphore sur le siège de Constantinople. — Photius, né à Constantinople même, était premier secrétaire de l'empereur Michel III (Michel III dit l'Ivrogne, 842-867), quand, en 857, il fut élu, bien que laïque, patriarche de Constantinople à la place d'Ignace qui avait été déposé par l'empereur. D'odieuses violences signalèrent cette intrusion à laquelle s'opposa le pape Nicolas I (858-867). Photius réunit donc un concile et anathématisa le pape en se réclamant de la coutume de l'Eglise de Constantinople. Ce fut l'origine du schisme de 858. Peu après cependant, l'empereur Basile le Macédonien (867-868) rétablissait Ignace sur le siège de Constantinople; mais, celui-ci étant mort en 877, Rome consentit à ce que Photius lui succédât. Le pape Jean VIII (872-882) envoya alors des légats à Constantinople, notamment le diacre Pierre, avec la mission de réunir un concile dans lequel, après avoir donné lecture des lettres pontificales, ils inviteraient les évêques à reconnaître la validité de l'élection de Photius. Le concile se tint à Constantinople en 879 (2). Lecture de la lettre du pape fut donnée, conformément à l'ordre intimé aux légats; mais cette lecture fut bientôt suivie de discussions qui aboutirent, en raison de la présentation de lettres falsifiées de Jean VIII, à la condamnation, par Photius et ses partisans, du

scripta et traditio non scripta) eandem vim in religione habent. Atque his nemo contradicet... nam si forte ausimus non scriptas consuetudines ceu levem vim obtinentes recusare, imprudentes Evangelii ipsius summam pessumdabimus; imo vere ad nudum nomen universam doctrinam redigemus » (S. Nicephori, Patriarchæ C. P., Antirrheticus III, adv. Constantinum Copr. — Migne, *P. G.*, t. C, col. 387 et 388).

(1) « Quænam vero hujus legis natura est? Fides nimirum, et credentium interior ac spontanea ad res divinas proclivitas, et circa ipsas pia et rectissima cura ac studium, necnon tradita Ecclesiæ diuturnoque tempore stabilita et permanens consuetudo (S. Nicephori, Patriarchæ C. P., Antirrheticus III, adv. Constantinum Cop. — Migne, *P. G.*, t. C, col. 391).

(2) Il faut prendre grand soin de ne pas confondre ce concile que Photius détourna de l'obéissance due à l'évêque de Rome et qui porte dans certaines histoires le titre de VIII^e concile de Constantinople de 879 avec le VIII^e concile œcuménique célébré en 869 et qui était le IV^e concile général tenu à Constantinople. M. Mourret parle du concile ou synode de 879 dans son *Histoire générale de l'Eglise*, t. III, p. 444.

VIII^e concile œcuménique tenu en 869 à Constantinople. C'est au cours de ces âpres discussions que la question de la coutume fut soulevée. — Dans un de ses chapitres la lettre de Jean VIII déclarait en effet que les canons et la coutume s'opposaient à l'élection d'un laïque comme évêque. Devant cette affirmation, Zacharie, métropolitain de Chalcédoine, prit la parole pour protester : *Ce n'est pas vrai, osa-t-il affirmer; à Rome même on trouve des laïques promus évêques*. Puis il ajouta : *la coutume a d'ailleurs la force de rendre nul un canon. Nous voyons souvent cela de nos jours, frères bien-aimés; vous qui êtes les lumières de l'Eglise et qui devez projeter vos rayons sur l'univers entier, vous pouvez trouver, si vous voulez chercher, bien des cas où vous obéissez à la coutume en dehors des canons. Bien plus, la coutume elle-même triomphe souvent d'une autre coutume. En Orient, quiconque n'est pas tonsuré ne peut devenir évêque ou patriarche; en Occident, au contraire, la cléricature se recrute même parmi les moines* (1). — Dans un autre chapitre de sa lettre, Jean VIII déclarait que, exception faite pour Photius reconnu désormais par Rome comme patriarche légitime de Constantinople, aucun laïque dans l'avenir ne serait promu au siège de Constantinople; car, ajoutait le pape, ce qui se fait rarement ne saurait constituer une loi, même si cela est bon. — Cette déclaration du Pape suscita la réponse suivante : Une telle promotion d'un laïque à un siège épiscopal ne s'oppose nullement à la coutume ecclésiastique; car, à Alexandrie, à Antioche, à Jérusalem même, des laïques sont promus évêques... De plus chaque siège à ses coutumes antiques qui lui ont été transmises, et il ne convient pas de discuter à ce sujet. Que l'Eglise de Rome observe ses coutumes, nous y consentons. Mais aussi que l'Eglise de Constantinople observe les siennes, telles qu'elle les a reçues de l'antiquité, et que les autres Eglises d'Orient fassent de même. Si vraiment l'Eglise romaine n'a jamais promu pontife un simple laïque, qu'elle maintienne cette pratique; il convient en effet de ne pas outrepasser les limites fixées par les Pères. Mais les églises d'Orient et l'église de Constantinople n'ont pas toujours observé cette même pratique. Sans doute, nous souhaitons de toujours trouver des clercs et des moines dignes de nos suffrages; mais,

(1) « Etiam in ipsa Romana Ecclesia ex laicis nonnulli in Pontificali sede constituti sunt... Sed et consuetudo ipsa potest canonem obliterare. Talia multa hodie cernimus. Vos qui Ecclesiae estis luminaria, qui radios vestros in omnem terram mittitis, invenire potestis, siquidem vos ipsos perscrutemini et exploretis, facere vos præter canonem, consuetudinem obsequentes. Sed et consuetudo sæpe consuetudinem vincit. In Oriente, nisi quis uerit tonsus in Christo, episcopus aut patriarcha non fit. Occidens vero etiam eos qui sunt monachi clericos facit » (*Pseudo-synodus Photiana*, a. 879. — Mansi, *Collection des Conciles*, t. XVII, col. 458). — Les plus grandes réserves doivent être faites sur l'authenticité de ces pièces qui prétendent rendre compte du concile ou synode de 879 : Photius les aurait plus ou moins falsifiées.

si nous n'en trouvons pas, et si, par ailleurs, de simples laïques nous paraissent aptes à recevoir cette dignité, il n'est personne d'entre nous qui consentira à donner son suffrage à des sujets plus élevés en dignité, mais inférieurs par le mérite, en laissant de côté des sujets moins élevés en dignité, il est vrai, mais plus méritants (1).

Le débat, nous le voyons, fut long et obscur; il le demeure d'autant plus que la seule source, où l'on puisse puiser pour se renseigner sur ce pseudo VIII^e concile de Constantinople, se trouve être une rédaction même de Photius et que ce dernier a dû plus ou moins altérer le texte des lettres de Jean VIII. Mais ce qu'il importe de noter avant tout, c'est, d'une part, le refus du pape de reconnaître force de loi à la coutume invoquée par les évêques d'Orient pour élever de simples laïques à la dignité de patriarche; c'est, d'autre part, les vains efforts tentés par les évêques pour faire triompher leur coutume. — Ici encore, Rome laisse clairement entrevoir le fond de sa pensée : une coutume ne peut obtenir force de loi que si elle ne s'oppose pas à la vérité (en l'espèce à une loi ecclésiastique) et si elle a pour elle une fréquente répétition.

C'est d'ailleurs la solution que Photius lui-même, — et la remarque vaut la peine d'être faite, — est contraint de présenter, comme celle adoptée en droit civil, dans son *Monocanon* (2), ouvrage dans lequel il se propose de mettre en accord les lois impériales et les canons de l'Église. « La coutume a force de loi en droit civil, déclare-t-il, mais seulement si elle a été confirmée par un jugement et si elle ne contredit pas la loi écrite. Au surplus, si on ne trouve pas de coutume pour résoudre le cas proposé, il faut s'en rapporter à la coutume de la ville de Rome. C'est, du moins, la solution inscrite dans le droit romain, qui déclare que c'est à regret, et seulement au cas où l'équité le réclame, qu'on peut transgresser la coutume » (3).

Photius connaît bien la codification de Justinien (4); il est moins bien documenté peut-être sur les opinions des Pères de l'Église dont il méconnaît tout au moins l'esprit. — Quoi qu'il en soit, ces discussions

(1) *Pseudo synodus Photiana*, a. 879. Actio quarta, caput II. — Mansi, *Collection des Conciles*, t. XVII, col. 487 et 490.

(2) Avant Photius, Isidore de Séville avait fait, lui aussi, usage de la Codification de Justinien pour rédiger son livre des *Etymologies*; mais Isidore de Séville ne s'était pas proposé de juxtaposer dans une même œuvre les règles du droit romain d'une part, les décisions des autorités ecclésiastiques d'autre part. Or c'est ce but que s'est proposé Photius dans son *Monocanon*.

(3) Photii, Patriarchæ C. P., *Syntagma Canonum*, tit. I, cap. III, Concilii œcumenici VI, canon 82. — Migne, *P. G.*, t. CIV, col. 466.

(4) Il est bon de signaler encore l'affirmation par laquelle Photius dans sa *Synthèse des canons* déclare que les Eglises de Dieu qui sont dans les pays barbares doivent être administrées selon la coutume en vigueur dans ces pays. Photii, Patriarchæ C. P., *Syntagma Canonum*, tit. X, cap. VII. — Migne, *P. G.*, t. CIV, col. 830.

téméraires et les réponses qu'elles ont suscitées permettent d'affirmer que l'Église du ix^e siècle se maintient dans la position prise par les siècles précédents : la coutume, si respectable qu'elle soit, ne peut l'emporter sur la vérité.

Il convient maintenant d'étudier les documents ecclésiastiques du x^e siècle relatifs à la coutume.

CHAPITRE IX

LA COUTUME AU X^e SIÈCLE

Constantin VII Porphyrogénète, empereur d'Orient (919-959). — Régino, abbé de Prüm de 892 à 899. — Abbon, abbé de Fleury (Abbo Floriacensis), mort en 1004.

Trois auteurs, dont un appartient à l'Orient et les deux autres à l'Occident, parlent de la coutume au x^e siècle.

Parmi ces trois auteurs, l'un, Constantin VII Porphyrogénète, empereur d'Orient (919-959), n'envisage la coutume que du point de vue civil. Il est donc superflu d'insister sur ses ouvrages. Toutefois il est bon de signaler que, d'une part, Constantin Porphyrogénète s'appuie sur le fameux texte du *Corpus juris civilis* : « la coutume, si grande que soit son autorité, ne peut vaincre ni la raison ni la loi », pour condamner toutes les redevances exagérées exigées par les fonctionnaires de l'empire, et que, d'autre part, il fait un usage constant du mot « coutumes, consuetudines », pour désigner les traitements, les salaires, voire même les taxes ou contributions de tout genre en usage en Orient (1).

Les deux autres écrivains, qui ont traité de la coutume au x^e siècle, sont Régino, abbé de Prüm, et Abbon, abbé de Fleury.

Régino (mort à Trèves en 915) rappelle dans son recueil de canons plusieurs coutumes en usage dans l'Église des premiers siècles : la coutume autrefois était de donner la sainte Eucharistie aux enfants; de même l'évêque confirmait les enfants malades aussitôt après les avoir baptisés; on trempait aussi le pain eucharistique dans le Sang du Christ pour faire communier les enfants et les infirmes; enfin on présentait le calice aux laïques qui venaient de communier (2).

(1) Constantini Porphyrogeniti, *Novellæ Constitutiones*, tit. VI. — Migne, P. G. t. CXIII, col. 575. — Et aussi : *De ceremoniis aulæ byzantinæ*, lib. II, cap. LV; de *distributione sportularum consuetudinis præpositorum*. — Migne, P. G., t. CXII, col. 1435; et encore : lib. I, cap. XLVIII, § 4, — Migne, P. G., t. CXII, col. 512, où on lit en note : « Consuetudines et solemnia sunt honoraria, conchiara, salaria consueta et constituta dari jussa ».

(2) C'est Etienne Baluze (1630-1718), savant historiographe, qui a édité en 1671 les œuvres de Régino. Malheureusement Baluze a en même temps annoté les œuvres

Quant à Abbon, abbé de Fleury, Abbo Floriacensis (mort en 1004), dans sa Collection de canons, il établit un parallèle entre la loi et la coutume. « La coutume, écrit-il, vient au secours de la loi; car, si la coutume ne s'oppose pas à l'utilité publique, elle-même succède à la loi » (1); et Abbon fait appel à l'autorité de Cicéron dont il cite la définition : « le droit coutumier est le droit que l'usage antique a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans l'intervention de la loi écrite » (Cicéron, de Invent., II, 22).

Abbon, comme Constantin Porphyrogénète, comme Photius, a connaissance du droit romain; le siècle approche où les études de droit romain vont permettre aux canonistes de créer le droit ecclésiastique (2).

qu'il publiait, si bien qu'il est difficile de distinguer le texte de l'auteur des commentaires qui l'accompagnent. — Régino, abbé de Prüm de 892 à 899, est l'auteur, d'abord d'une *Chronique* qui se termine en 913 et a été continuée par un moine de Trèves jusqu'en 977; puis d'un recueil de Canons en deux livres, dédié à l'archevêque Hatton de Mayence et intitulé : *De ecclesiasticis disciplinis et religione christiana*. Régino a puisé ses matériaux dans la collection du pseudo-Isidore, dans le *breuiarium* de Julien, dans divers pénitenciaires, dans la *Lex Burgundinorum* et la *Lex Hispanorum*, dans les capitulaires des rois francs ainsi que dans ceux de Hincmar de Reims. Il s'est attaché à faire entrer dans son recueil les décisions des conciles les plus récents de la Gaule et de la Germanie (Voir Migne, *P. L.*, t. CXXXII).

(1) Abbo, abbas Floriacensis. *Collectio canonum*; c. 1X. de *differentia legis et consuetudinis*. — Migne, *P. L.*, t. CXXXIX, col. 482.

(2) Dans le *Jus canonicum græco-romanum* qu'il a cru bon de mettre à la suite des ouvrages des écrivains du x^e siècle; *jus canonicum* dans lequel il se propose de réunir tous les textes de nature à illustrer le droit canonique gréco-romain, en citant les principales sentences données par les archevêques et patriarches de Constantinople, Migne place sous le nom d'un certain Michel d'Anchialos (Michaelis Anchiali) une décision relative à une coutume. Ce Michel d'Anchialos condamne la longue coutume qui régnait alors en Orient et autorisait les prêtres séculiers qui se faisaient religieux à continuer leur ministère paroissial; désormais les prêtres devenus moines ne devront plus sortir de leur cloître. — Il s'agit sans doute de ce Michel qui, d'évêque d'Anchialos, devint patriarche de Constantinople en 1170. Ce document, consigné par Migne à la suite de ceux du x^e siècle, appartiendrait en réalité à la littérature du xii^e siècle. — Anchialos est un ancien archevêché dans la province de Rhodope en Thrace (*Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques*, publié sous la direction de Mgr Baudrillart, P. Richard, U. Rouziès et A. Vogt, Paris, Letouzey, 1914, au mot : *Anchialos*).

CHAPITRE X

LA COUTUME AU XI^e SIÈCLE

Burchard de Worms (mort en 1025). — Saint Grégoire VII, pape de 1073 à 1085. — Urbain II, pape de 1088 à 1099. — Yves, évêque de Chartres en 1091.

Le XI^e siècle s'ouvre par un événement important, non pas tant, il est vrai, pour l'histoire même de la coutume, que pour l'histoire ecclésiastique en général (1).

Burchard, évêque de Worms (mort en 1025), entreprend de réunir à l'usage de ses diocésains, entre les années 1008 et 1012, les textes qui régissaient alors le gouvernement des affaires ecclésiastiques. Il réalise son dessein en composant un recueil, auquel il donne le nom de *Collectarium*, et qui est connu dans l'histoire sous le nom de *Décret*. Cette collection, destinée à l'instruction du jeune clergé, a pour but de mettre fin à la confusion qui régnait alors dans les recueils de canons et les pénitentiels. Le *Décret* présente en effet, d'après un plan méthodique,

(1) De très nombreuses collections de canons ont vu le jour entre le début du XI^e siècle et le milieu du XII^e siècle. D'une manière générale, on peut distinguer quatre périodes dans l'histoire des collections de canons : 1^o la période antérieure à Grégoire VII; c'est la période de la pré-réforme; c'est à cette période qu'appartient notamment le *Décret* de Burchard de Worms; 2^o la période de Grégoire VII, marquée principalement par la *Collection en 74 titres*, le recueil d'*Anselme de Lucques* et celui de *Deusdedit*; 3^o la période qui va de l'avènement d'Urbain II (1088) à celui d'Innocent II (1130); c'est la période la plus riche en collections; à elle appartiennent le *Décret* et la *Panormie* d'Yves de Chartres, la collection dite *Polycarpus*, la *Collection italienne en 7 livres*, la *Cæsaraugustana*, et de nombreux autres recueils moins connus ou encore inédits; 4^o la période du pontificat d'Innocent III (1130-1143); c'est sous ce pontificat qu'a paru le *Décret de Gratien* et qu'a été faite la seconde recension de la *Cæsaraugustana*. — L'apparition du *Décret de Gratien* a mis fin à la composition de collections similaires; on n'avait plus dès lors la possibilité de fabriquer des textes pour faire prévaloir ses idées, et l'industrie des faiseurs d'apocryphes, industrie dont le premier produit avait été la composition des *canons dits des Apôtres*, était dès lors sans objet, parce que le progrès du droit pouvait se faire sans elle (voir Paul Fournier: les deux recensions de la collection canonique romaine dite le *Polycarpus*; *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'école française de Rome*, t. XXXVII).

un tableau d'ensemble des institutions canoniques (1); il est le premier anneau d'une chaîne de compilations analogues qui s'achèvera par le Décret de Gratien. C'est dans le livre III^e de sa collection que Burchard fait figurer les textes relatifs à la coutume : dans les canons 124, 125, 126 et 127 de ce livre, il réunit d'abord des décisions qu'il attribue aux papes Pie et Innocent, puis il fait mention de passages authentiques de saint Augustin et de saint Basile. — Par ailleurs, entre 1023 et 1025, Burchard provoque et dirige la rédaction des coutumes sous l'empire desquelles vivaient les habitants du domaine temporel de son église.

Mais Burchard n'est qu'un compilateur, tout comme le sera à la fin de ce même siècle Yves de Chartres. Il en est tout autrement de Grégoire VII et même d'Urbain II.

Grégoire VII (1073-1085), lui, est un réformateur. D'une part, en raison de son intervention énergique dans la querelle des Investitures, il prend nettement position pour sauvegarder l'autorité spirituelle de l'Église, autorité plus ou moins compromise par les prétentions des souverains et des princes; et, d'autre part, en vertu de sa législation réformatrice, il s'efforce de ramener les clercs à une vie plus régulière et plus conforme à l'esprit de leur vocation, et il devient tout particulièrement l'apôtre du célibat ecclésiastique. Mais de semblables réformes ne se réalisent pas sans soulever de nombreuses et véhémentes protestations. — Plus spécialement en ce qui concerne l'obligation du célibat, obligation à laquelle Grégoire VII veut contraindre le clergé pour l'avenir, les clercs de Cambrai, s'adressant à l'église de Reims, déclarent que « leur intention immuable est de tenir, d'une façon permanente et sans changement, la coutume de leur église, coutume sage-

(1) La collection de Burchard de Worms a une valeur de beaucoup supérieure aux collections similaires antérieures; le recueil du faux-Isidore n'était pas une compilation méthodique; celui de Réginon ne traitait pas de l'ensemble des matières canoniques. L'œuvre de Burchard, elle, est si méthodique qu'un lecteur inexpérimenté peut s'y reconnaître, et son caractère pratique est si marqué qu'elle remplace un moment les pénitentiels en usage. Le *Décret* de Burchard devient le livre de chevet de tous les canonistes au cours du XI^e siècle. Malheureusement, soucieux de donner une haute antiquité à divers actes de sa collection, Burchard n'a pas craint, non seulement de remanier, d'abrégé ou d'interpoler les textes, mais encore il en a fabriqué de toutes pièces un grand nombre et, surtout, il en a faussé la provenance: un tiers au moins des indications fournies par Burchard, en tête de ses canons, pour en donner la source, se trouvent erronées. Le crédit de Burchard a commencé à décliner, dès que l'influence de Grégoire VII est parvenue à donner au souverain pontife une place plus prépondérante dans le monde ecclésiastique et dans la société. C'est que, en effet, l'œuvre de Burchard, loin de répondre aux besoins et aux aspirations de la société chrétienne à la fin du XI^e siècle, reflétait le droit de l'époque Carolingienne: or c'était d'un droit chrétien que la société du XI^e siècle avait surtout besoin (voir Paul Fournier: *Etudes critiques sur le Décret de Burchard de Worms*, un vol. in-8°, Paris, 1912; et: *Nouvelle Revue historique du Droit français et étranger*, année 1910, t. XXXIV).

ment concédée par la bienveillance de leurs pères dans la foi et la piété »; et, de leur côté, les clercs de Noyon font savoir à leurs frères de Cambrai qu'ils sont en parfait accord avec eux pour protester contre les exigences auxquelles on prétend les astreindre (1). — En d'autres termes et d'une façon générale, les adversaires des réformes si importantes de Grégoire VII se réclament des droits que semble leur conférer la coutume. Aprement combattus dans leurs habitudes de vie, ils s'efforcent de rechercher dans l'histoire ecclésiastique des siècles précédents, les textes et les faits qui peuvent donner à leur manière de penser et de vivre une apparente légitimité; par ces recherches minutieuses, ils dégagent ainsi les principes qui permettront, aux docteurs et aux canonistes des siècles qui suivront, de formuler la première doctrine et d'ébaucher la première théorie de la coutume dans le droit ecclésiastique. C'est là un fait très important qu'il convenait de bien mettre en relief : le pontificat de Grégoire VII constitue en effet un tournant de l'histoire de l'Église.

Mais, contre les revendications de ses adversaires, Grégoire VII proteste à juste titre en invoquant lui aussi le passé; dans une lettre à Wimundus, il rappelle avec autorité que tout usage contraire à la vérité doit être aboli; le Christ a dit : « Je suis la Vérité et la Vie; il n'a pas dit : je suis la coutume » (2). — Cette formule Grégoire VII l'oppose victorieusement à tous ceux qui pour échapper à son autorité souveraine veulent invoquer la coutume. La formule n'est pas nouvelle, il est vrai; mais l'énergie avec laquelle elle est rappelée méritait d'être signalée.

En 1088, Urbain II (1088-1099) monte sur le siège de Pierre. Une circonstance curieuse invite le second successeur de Grégoire VII à rééditer, lui aussi, la formule si souvent déjà utilisée par ses prédécesseurs. — Voici l'incident : Robert, Comte de Flandre, avait la détestable habitude de s'emparer des biens des clercs qui mouraient et d'exhérer leurs proches. Le clergé de Flandre s'adresse donc au souverain pontife pour qu'il proteste contre cette violation de ses droits. Le pape

(1) *Monumenta Germaniæ historica*, libelli de lite, III^e volume, p. 573 : *Cameracensium et Noviomensium clericorum epistolæ*. Ces lettres dateraient, d'après Boehmer, du mois de février 1378. Les clercs de Cambrai s'expriment ainsi : « Nobis autem hæc est immutabilis sententia, consuetudinem hactenus nostram religiosorum patrum æquanimitate sapienter indultam, inconvulsam tenere... »

(2) Gregorius VII Wimundo, episc. Aversano, de sancto Apollinare, episcopo Ravennate et martyre. — Migne, *P. L.*, t. CXLIV, col. 669. — Sur Grégoire VII et son œuvre on lira avec grand profit : Augustin Fliche, *La Réforme grégorienne* : I, la formation des idées grégoriennes; II, Grégoire VII; Louvain, Spicilegium sacrum Lovaniense, et, Paris, Edouard Champion, 2 vol. in-8°, 1924-1925. — Elie Voosen : *Papauté et pouvoir civil à l'époque de Grégoire VII*; Universitas catholica Lovanien-sis, dissertationes ad gradum magistri in Facultate theologica, series II, t. XX, Gembloux, 1 vol. in-8°, 1927.

Urbain invite le comte à ne plus nuire à la liberté du clergé, et à ne plus soustraire aux clercs quoi que ce soit de leurs biens patrimoniaux. *Et, si vous objectez qu'un vieil usage de la région vous autorise à agir comme vous l'avez fait*, ajoute le Pape, *sachez que votre Créateur a dit : je suis la Vérité, et non pas, je suis l'usage ou la coutume*. Mais Robert ne se soumet pas; le clergé en est réduit à s'adresser à l'archevêque de Reims, qui, dans un concile tenu avec ses suffragants en 1092, décide que trois abbés iront trouver le comte dans le monastère de Saint-Bertin, où il s'est enfermé, en raison du carême, pour cause de continence, et lui signifieront que, s'il n'a pas restitué, avant le dimanche des Rameaux, tous les biens dont il s'est injustement emparé, l'anathème tombera sur lui, et toute sa terre sera privée d'offices divins. Le Comte ne renonce à la coutume détestable qui était la sienne que sous ces menaces. Mais, du moins, il le fait de telle façon qu'aucun de ses successeurs n'osa plus ressusciter cette pratique inique (1).

Le XI^e siècle s'achève sur l'apparition des œuvres de Yves de Chartres. Yves, d'abord moine de l'abbaye du Bec, puis abbé du monastère de Saint-Quirin de Beauvais; ensuite évêque de Chartres en 1091 (Yves est mort en 1117), est en effet l'auteur de trois recueils de canons : la *Tripartita*, collection encore inédite qui paraît n'avoir été qu'un essai; le *Decretum*, collection bien plus considérable, qui compte 3760 chapitres; enfin la *Panormia* qui a été composée en 1090 et qui est la vraie collection méthodique de Yves (2).

C'est dans le IV^e livre de son Décret et dans le II^e livre de sa Panormie, que Yves réunit, d'une part, en vingt-trois chapitres (*Decret.*, lib. IV, cap. 66-69 et 194-213), et, d'autre part, en quatorze chapitres (*Panormia*, II, cap. 155-168), les principaux textes qui ont trait à la coutume; ces textes, que Yves a empruntés en partie à Isidore, en partie à Burchard et aux autres collections alors répandues, ne présentent, par eux-mêmes, aucun intérêt particulier, puisqu'ils sont tous extraits des auteurs antérieurs et des conciles tenus précédemment;

(1) *Conciles Hardouin*, t. VI, 2^a pars, p. 1699. Concilium Remense, anno Christi MXCII, Urbanus... dilecto filio suo Roberto... « Memento, carissime fili, quantum omnipotenti Deo debeas... nec pecuniam seu quæcumque de patrimonio suo eis dimittunt, violenter auferas. Sed libera sit eis (clericis) facultas et Deo serviendi, et res sui patrimonii cuicumque voluerint impendendi. Quod si prætendis hoc ex antiquo usu in terra tua processisse, scire debes Creatorem tuum dixisse : Ego sum Veritas, non autem usus vel consuetudo... ».

(2) La grande supériorité de la *Panormia* sur le *Decretum*, c'est que les textes, répartis en 8 livres, sont rangés à l'intérieur de ces livres dans un ordre méthodique, de telle façon que les recherches y sont relativement faciles. On possédait dès lors les textes les plus importants du droit canonique dans un recueil bref d'un maniement commode (voir Paul Fournier : Yves de Chartres et le Droit canonique, dans *Revue des questions historiques*, année 1898, t. LXIII, p. 387 à 404).

mais, ce qui doit être ici mentionné, avant d'en finir avec l'étude de la coutume au XI^e siècle, c'est le titre même donné par Yves de Chartres au IV^e livre de son Décret. Il a en effet intitulé ce livre : des fêtes et jeûnes obligatoires à observer. *Des écritures canoniques et des coutumes et de la célébration du concile*. De observandis festivitibus et jeuniis legitimis. *De scripturis canonicis et consuetudinibus et celebratione concilii* (1). Ce titre, au moins dans sa seconde partie, indique nettement que Yves de Chartres avait la pensée de préparer, en rapprochant ces textes, un traité des sources du droit ecclésiastique, traité dans lequel la coutume aurait sa place auprès des écritures canoniques et des décisions des conciles.

Le XII^e siècle mettra à profit, en la précisant, la pensée de Yves de Chartres (2).

(1) Le II^e livre de la Panormie est simplement intitulé : *De la Constitution des églises et de l'oblation des fidèles. De constitutione ecclesiarum et oblatione fidelium*; puis, comme sous-titre se rapportant aux chapitres relatifs à la coutume, on lit la simple mention : *Des lois. De legibus*.

(2) Il convient aussi de signaler que saint Pierre Damien (988-1072), dans un de ses sermons, présente la pratique, qui veut que l'évêque consécrateur donne le baiser au nouveau prêtre ordonné, comme une survivance des habitudes des patriarches eux-mêmes (saint Pierre Damien, sermo XXX, cité par Yves de Chartres, *Decreti*, pars VII, cap. CCXIII. — Migne, *P. L.*, t. CLXI, col. 311).

CHAPITRE XI

LA COUTUME AU XII^e SIÈCLE

Les documents du XII^e siècle relatifs à la coutume demandent à être classés en deux séries. Il convient tout d'abord de citer les divers écrivains ecclésiastiques qui ont parlé de la coutume; puis il faut, dans un paragraphe nettement distinct des autres, donner une place à part aux auteurs des collections de canons et, en particulier, à Gratien, l'auteur du Décret qui forme à lui seul la première partie du *Corpus juris canonici*. L'ordre chronologique souffrira quelque peu de la division adoptée, puisque des documents, datant de la fin du XII^e siècle, seront produits, avant que le Décret de Gratien, qui date de la fin de la première moitié de ce même siècle, n'ait été étudié; mais l'exposé y gagnera en précision et en clarté.

A. — La coutume au XII^e siècle dans les auteurs ecclésiastiques autres que les auteurs des collections de Canons.

Pierre le Vénérable, abbé de Cluny (1092-1156). — Guibert, abbé de Sainte-Marie-de-Nogent en 1104. — Hildebert, archevêque de Tours (1057-1134). — Innocent II, pape de 1130 à 1143. — Adrien IV, pape de 1154 à 1159. — Alexandre III, pape de 1159 à 1181. — Concile de Rouen de 1189. — Yves de Chartres, sacré évêque en 1091, mort en 1117. — Urbain III, pape de 1085 à 1087.

L'opinion qui tend à prévaloir au XII^e siècle dans l'Église semble pouvoir se résumer en ces trois assertions : 1^o les coutumes diverses ne nuisent pas à l'unité de la foi catholique; 2^o la vérité doit l'emporter sur la coutume; 3^o la coutume qui s'oppose à la loi doit être annulée, mais celle qui confirme la loi doit être approuvée.

1^o Les coutumes diverses ne nuisent pas à l'unité de la foi: c'est ce qu'affirment tour à tour, d'abord Pierre le Vénérable, puis Guibert, abbé de Sainte-Marie-de-Nogent, enfin Hildebert, archevêque de Tours. — C'est en répondant à saint Bernard que Pierre le Vénérable (1092-1156), abbé de Cluny, rappelle que, selon l'enseignement de saint Ambroise s'adressant à saint Augustin, la charité ne saurait souffrir

de ce que des pratiques diverses soient répandues dans l'Église : « Est-ce que les chrétiens cesseront d'être chrétiens, parce qu'ils se différencient par certains usages? — Non assurément; que les moines de Cluny et ceux de Cîteaux cessent donc de se quereller, parce qu'ils ont des observances différentes », conclut judicieusement Pierre le Vénérable (1). — Quant à Guibert, abbé de Sainte-Marie-de-Nogent, près Coucy, en 1104, c'est dans son traité *Des saints* qu'il affirme que bien des pratiques qui sont observées ne constituent pas des dogmes : ainsi, dit-il, les coutumes, soit de jeûner, soit de chanter, peuvent différer, mais elles ne nuisent en rien, par leur variété, à l'unité de la foi, et celui qui a une façon différente d'agir n'a pas le droit de reprendre son frère, sous prétexte qu'il ne se conforme pas à ses propres usages (2). — C'est encore le même enseignement que, sous une autre forme, Hildebert (1057-1134), évêque du Mans, puis archevêque de Tours, fait entendre quand il enseigne que bien des changements doivent être tolérés dans l'Église pour le bien de tous (3).

2^o Aussi bien, est-ce surtout en insistant sur la nécessité de préférer la vérité à la coutume, que Hildebert se fait remarquer : c'est en effet en s'appuyant sur cette formule déjà célèbre que, tantôt, il condamne une coutume et que, tantôt, il en loue une autre. En 1110, Hildebert écrit à l'abbé d'un célèbre monastère pour lui déclarer que la coutume, qui existe parmi ses religieux de ne distribuer le pain eucharistique, que trempé dans le Sang du Christ, est à supprimer comme contraire tant à l'Évangile qu'aux décrets ecclésiastiques : « Ce n'est pas en effet le pain déjà consacré que le Christ a présenté à Judas après l'avoir trempé dans le vin, déclare-t-il, le pain ainsi présenté à Judas n'était encore que du pain ordinaire; la consécration de la Sainte Eucharistie n'a eu lieu qu'ensuite » (4). — Par contre, dans une autre lettre, Hildebert, vers 1113, proclame hautement que la coutume d'invoquer les Saints est conforme à la vérité, et il reprend avec énergie un hérétique de son temps qui avait osé se réclamer du nom de l'archevêque de Tours pour répandre son erreur : C'est l'Église universelle qui récite les litanies, fait-il remarquer à son interlocuteur. C'est dans les larmes et avec un cœur contrit qu'elle a l'habitude de s'écrier : Sainte Marie, priez pour nous; personne ne l'ignore, et quiconque connaît la pratique de l'Église

(1) *Œuvres de saint Bernard*, epistola 229. — Migne, *P. L.*, t. CLXXXII, col. 402.

(2) Guibertus, abbas S. Mariæ de Novigento; de pignoribus Sanctorum, liber I, caput I. — Migne, *P. G.*, t. CLVI, col. 612.

(3) Hildeberti Turonensis archiepiscopi in suas regularum ecclesiasticarum Exceptiones : de multiplici divinorum præceptorum genere, præfatio, Epistola LIJI. — Migne, *P. L.*, t. CLXXI, col. 278-284.

(4) Ven. Hildeberti Epistolæ, lib. II, epistola XV. — Migne, *P. L.*, t. CLXXI, col. 223-224.

ne pense pas à la combattre. *A coup sûr nous ne préférons pas la coutume à la vérité; nous savons qu'aucun respect n'est dû à une coutume qui s'oppose à la vérité, mais, quand une coutume concourt avec la vérité, il faut respecter celle coutume et conserver sans changement un usage qui a reçu la consécration du temps* (1). Ainsi en est-il de l'invocation des Saints. — Il est facile de reconnaître ici l'enseignement de saint Cyprien et de saint Augustin.

3^o Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir Innocent II (1130-1143) féliciter le roi Alphonse d'avoir mis fin à la coutume inique qui voulait que les revenus de l'archevêché de Compostelle fussent employés, en cas de vacance du siège, aux besoins du roi (2). — On ne saurait davantage être surpris de voir Alexandre III (1159-1185) supprimer, dans une lettre adressée à Henri, archevêque de Reims, et à Gualter, évêque de Tournai, la détestable habitude qui régnait dans la paroisse de Dudzele, où les laïques exigeaient le paiement de la dîme en faisant prêter serment et en condamnant à une amende onéreuse ceux qui, au cours de la prestation du serment, avaient remué ou la main ou le visage ou les yeux ou quelque partie du corps, ou encore, n'avaient pas fait reposer très exactement et sans trembler tous les doigts de la main sur les reliques (3). Toutes ces coutumes qui s'opposaient, soit à la loi ecclésiastique, soit à la raison, ne pouvaient pas ne pas être condamnées; car, selon la formule lapidaire d'un concile de Rouen tenu en 1189, *la coutume qui est en opposition avec le droit écrit approuvé n'est défendable ni par sa généralité ni par sa longue durée* (4). — Par contre, le pape Adrien IV (1154-1159), dans une lettre adressée au doyen et au chapitre de Soissons, confirme les coutumes de l'église de Soissons, notamment celle qui veut que, quand l'église cathédrale cesse ses offices, en raison d'une injure qui lui a été faite, les autres églises, elles aussi, cessent la célébration de leurs offices sur l'ordre du chapitre (5). — De même Yves de Chartres, sacré évêque en 1091, mort en 1117, signale qu'une

(1) Ven. Hildeberti Epistolæ lib. II, epistola XXIII. — Migne, *P. L.*, t. CLXXI, col. 239. « Nos tamen veritati nequaquam præponimus consuetudinem, scientes quia consuetudini nihil debetur, cui veritas adversatur... Ceterum, cum veritati consuetudo concurrat, exhibendam consuetudini perhibeo reverentiam, et oportere longiorem usum immobilem custodiri ».

(2) Innocentii II Papæ epistola VIII, ad Didacum Archiepiscopum Compostellanum. — Migne, *P. L.*, t. CLXXIX, col. 59.

(3) Alexandri III Papæ epistola DCCCLXXVIII. — Migne, *P. L.*, t. CC, col. 787. — L'église Dudasselensis, dont Alexandre III fait mention, est l'église de Dudzele, dans la Flandre occidentale, à proximité de Bruges.

(4) « Consuetudo quæ scripto juri approbato opponitur, nulla sui generalitate vel temporis prolixitate defenditur » (Conc. Domini Walteri Rotomagensis archiepiscopi c. XI). — Mansi, *Sacrorum Conciliorum nova collectio*, t. XXII, col. 583.

(5) Adriani IV Papæ epist. CLXXIII. — Migne, *P. L.*, t. CLXXXVIII, col. 1547.

coutume antique et immuable existe, non seulement dans l'église de Chartres, mais dans toutes les églises du royaume de France, en vertu de laquelle les pseudo-prédicateurs, pseudo-moines et pseudo-clerics coupables demeurent, eux et leurs biens, sous la juridiction ecclésiastique (1).

— De même encore, Urbain III (2) (1185-1187) approuve les coutumes, de l'église de Chartres qui sont raisonnables et sont observées, sans interruption et sans discussion, depuis quarante ans (3). Or, si ces coutumes, et d'autres aussi qu'il n'est pas possible de mentionner, sont approuvées, c'est parce qu'elles sont conformes à la vérité catholique et favorisent la discipline ecclésiastique.

Mais l'auteur ecclésiastique du XII^e siècle le plus connu, c'est Gratien.

13. — La coutume dans les auteurs des collections de canons du début du XII^e siècle et, en particulier, dans le Décret de Gratien (première moitié du XII^e siècle).

Le début du XII^e siècle est marqué par l'apparition d'un nombre considérable de collections de canons : sous les pontificats de Pascal II (1099-1118), de Gélase II (1118), de Calixte II (1119-1124), de Honoré II (1124-1130) et de Innocent II (1130-1143), ces collections abondent d'une façon singulière; cette floraison d'un genre si particulier tient à ce fait que quiconque s'occupe de la réforme de l'Église, — réforme qui est la question à l'ordre du jour depuis Grégoire VII, — veut avoir son recueil à lui, afin d'y insérer ses principes personnels à l'aide de textes, authentiques ou non, composés ou remaniés selon ses vues et ses goûts.

Ce n'est pas le lieu d'énumérer ici les multiples collections de canons qui ont alors vu le jour; mais, avant d'entreprendre l'étude de la coutume dans le *Décret* de Gratien, il importe cependant de mentionner deux collections, auxquelles Gratien lui-même a dû emprunter de nom-

(1) D. Ivo[nis] Carnotensis episcopi epistola CI. — Migne, *P. L.*, t. CLXII, col. 120.

(2) Les *Décrétales de Grégoire IX* qui seront étudiées dans le chapitre suivant ne reproduisent que certaines lettres des divers souverains pontifes. Les décisions ici rapportées sont parmi celles qui n'ont pas trouvé place dans la collection de Raymond de Pennafort.

(3) « Libertatem et rationabiles consuetudines quibus ecclesia vestra a quadraginta retro annis sine interruptione usa est, et adhuc sine controversia uti dignoscitur, sicut prædecessorum nostrorum sunt nobis scriptis authenticis confirmatæ, ratas habemus eas » (Urbain III. Papæ epistolæ et privilegia, ann. 1185-87. — Migne, *P. L.*, t. CCH, col. 1465, epist. LXXIV : Urbanus Episcopus... decano et Capitulo Carnotensi). — Ce passage, extrait d'une décrétale du pape Urbain III, est tout à fait digne de remarque; toutes les conditions de validité d'une coutume sont nettement indiquées : la rationabilité, la durée ininterrompue, l'absence de controverses, la confirmation par l'autorité. Pour la première fois aussi, se trouve nettement mentionné le *laps de quarante ans* comme durée que doit réaliser une pratique pour être reconnue valable en droit. La décrétale est de 1186; cette date est à retenir.

breux textes. Il s'agit, d'une part, d'une *Collection italienne en sept livres* et, d'autre part, de la collection dite le *Polycarpus*. L'une et l'autre de ces collections font une part à la coutume; mais on ne peut dire avec certitude quelle est, de ces deux collections, celle qui a paru la première et a inspiré l'autre. Aussi bien ce détail est-il sans intérêt pour la question qui nous occupe. Ce qu'il importe de constater, c'est que, dans la collection italienne en sept livres, collection contenue dans le manuscrit du Vatican n. 1346 et qui date du pontificat de Pascal II, les textes relatifs à la coutume sont répartis en deux groupes, l'un formant le titre XXXII du livre premier, l'autre placé dans les *addimenta* de ce livre, tandis que, dans la collection canonique romaine dite le *Polycarpus*, qui a pour auteur le cardinal Grégoire et a été composé entre 1104 et 1113, les textes relatifs à la coutume forment le titre XXIII du livre III^e qui est intitulé *De la coutume, De consuetudine* (1). Cette disposition des textes relatifs à la coutume dans l'une et l'autre collection semblerait indiquer que c'est le *Polycarpus* qui dépend de la *Collection en sept livres*.

Une autre constatation mérite d'ailleurs d'être établie : le *Polycarpus* possède un titre, le titre XXVII du livre I^{er}, consacré à l'étude *De l'autorité et de la raison, De auctoritate et ratione*, et la même série de textes, relatifs à la même question, se rencontre également dans une autre collection, qui a dû être composée entre les années 1110 à 1118, et qui porte le nom de collection *Cæsaraugustana*, parce qu'elle fut d'abord connue par un manuscrit conservé à la Chartreuse Aulæ Dei, voisine de Saragosse (Cæsarea Augusta). La présence d'un tel titre dans ces deux collections (2) est le signe manifeste, que les auteurs du début du XII^e siècle n'ont pas perdu de vue la pensée de leurs prédécesseurs, et sont soucieux de réunir les éléments d'une théorie des sources canoniques, sources parmi lesquelles la coutume devra figurer en bon rang.

(1) L'apparition de titres est la nouveauté qu'il convient de signaler : dans la collection dite *Polycarpus*, pour la première fois, les livres sont subdivisés en titres dans lesquels sont rangés les textes, et une rubrique générale est donnée à chacun de ces titres. — A signaler aussi que le livre VII^e du *Polycarpus*, consacré au pouvoir représentatif de l'Eglise, se termine par un titre dont la rubrique s'accorde bien avec les tendances de beaucoup de canonistes à la fin du XI^e siècle : « Ce que la nécessité a imposé cesse d'être obligatoire, quand cesse la nécessité qui l'a imposé. *Ut quod necessitas imperavit, cessat, necessitate cessante* ».

(2) De ratione et auctoritate et que cui preponenda sit (*Cæsar.*, l. I, 2, 4, 5; *Polyc.*, l. XXVII, 3, 4, 8 et 9). Voir l'article de Paul Fournier : la collection canonique, dite *Cæsaraugustana*, dans la *Nouvelle Revue historique du Droit français et étranger*, année 1921. M. Fournier considère comme très douteux que Gratien ait emprunté des textes à la *Cæsaraugustana*, mais, par contre, il croit, sous réserve de vérifications ultérieures, que, parmi les recueils utilisés par Gratien, le *Polycarpus* doit être compté.

Gratien avait donc de nombreux précurseurs, et des précurseurs remarquables, dans la voie où il s'est engagé lui-même, entre les années 1130 à 1140. Aussi le mérite de ce moine, dont la vie est presque totalement inconnue, puisque tout ce qu'on sait de lui, c'est qu'il vivait dans la première moitié du XII^e siècle, au monastère Saint-Félix de Bologne, le mérite de ce moine est-il beaucoup moins, d'avoir édité un nouveau recueil de canons, que d'avoir cherché à mettre en accord les canons qui composaient son recueil. Or, telle fut bien la pensée maîtresse de Gratien en se mettant au travail; la preuve en est dans les deux faits suivants : tout d'abord, l'œuvre de Gratien portait primitivement le titre de *mise en accord des canons qui semblent être en désaccord, concordia discordantium canonum*, et ce n'est que plus tard qu'elle prit le nom de Décret de Gratien, *Decretum Gratiani*; puis et surtout, à la différence de tous les collectionneurs de canons qui l'avaient précédé, Gratien ne s'est pas contenté de rattacher un à un les divers canons qu'il classait sous une même rubrique; ce classement il l'a accompagné de réflexions personnelles dans l'intention, non pas tant de servir de fil conducteur dans la lecture du volumineux recueil, que de mettre une certaine unité dans l'œuvre qu'il présentait. Gratien a donc illustré son texte de « dires personnels » qui se distinguent des canons qu'il rapproche par le mot *Gratianus* et qui sont connus dans l'histoire sous le terme de *dicta Gratiani*.

Ce sont ces *dires* de Gratien qui font de son Décret une œuvre à part et ont contribué à le présenter dans la suite comme formant la première partie du *Corpus juris canonici* lui-même. Ces *dires* permettent en effet de dégager la pensée du Maître sur chacune des grandes questions envisagées par lui.

Il importe donc maintenant de chercher à connaître la pensée propre de Gratien sur la question de la coutume.

Telle qu'elle ressort des *dicta* eux-mêmes, *dicta* qui expriment sans doute plus des opinions qu'un enseignement nettement défini, il semble qu'elle puisse se résumer dans les propositions suivantes : 1^o la coutume et la constitution se rapprochent l'une de l'autre au point de pouvoir s'identifier; 2^o l'origine de la coutume remonte à Caïn et à Nemrod; 3^e c'est à l'apparition de la coutume qu'est dû le régime de la propriété individuelle; 4^e la coutume doit le céder aux lois simplement humaines; 5^o néanmoins la coutume a certains effets juridiques. — Il convient de justifier chacune de ces cinq propositions en s'appuyant sur les « dires mêmes » de Gratien.

1^o *La coutume et la constitution se rapprochent l'une de l'autre*, déclare Gratien, en termes à peu près équivalents, en deux passages de son Décret :

Gratien. « Puisqu'il est dit qu'il importe peu que la coutume s'appuie

sur l'écriture ou sur la raison, il apparaît dès lors que la coutume est, tantôt rédigée par écrit, tantôt conservée par les manières de faire de ceux qui agissent sous son inspiration. La coutume rédigée par écrit s'appelle constitution ou droit; la coutume non rédigée par écrit est appelée d'un nom général qui est celui de coutume » (1).

Ce dire de Gratien, qui fait de la constitution une espèce dont la coutume serait le genre, est placé après le canon 5 de la 1^{re} distinction de la première partie du Décret; et, dans un second dire qui sera cité plus loin, Gratien ne craint pas, au début de la distinction VIII, d'identifier nettement la coutume et la constitution, en leur faisant jouer un même rôle relativement à l'introduction de la propriété individuelle.

2^o *L'origine de la coutume remonterait, d'après Gratien, à Caïn et à Nemrod :*

« Le droit qui dérive de la coutume a une origine postérieure à la loi naturelle; il date du moment où les hommes, se rassemblant en un même groupe, ont commencé à habiter ensemble; cette époque correspond, croit-on, à celle où l'on dit que Caïn a édifié une cité. Or, en raison de la rareté des hommes qui survécurent au déluge, ce droit semble avoir disparu avec cette catastrophe; dans la suite il aurait été restauré, ou plutôt changé, du temps de Nemrod, pense-t-on, au moment où celui-ci commença avec les siens à opprimer les autres hommes qui, dans leur pusillanimité, se soumirent à son joug. C'est ce qu'on lit dans la *Génèse* : « Nemrod commença à être un chasseur robuste devant le Seigneur (*Gen.*, X. 9) », c'est-à-dire un oppresseur et un tueur d'hommes, et il les amena par ses flatteries à construire une tour » (2).

En rattachant ainsi, dans le premier paragraphe du dire qui suit le canon 3, de la VI^e distinction de la première partie de son Décret, l'origine de la coutume à deux hommes dont l'histoire est, somme toute, peu glorieuse pour l'humanité, Gratien ne semble guère favoriser le droit coutumier.

(1) Gratianus. « Cum itaque dicitur non differt utrum consuetudo scriptura vel ratione consistit, apparet quod consuetudo partim est redacta in scriptis, partim moribus utentium est reservata. Quæ in scriptis redacta est, constitutio sive jus vocatur; quæ vero in scriptis redacta non est, generali nomine, consuetudo videlicet appellatur » (Gratianus, post c. 5, Consuetudo, dist. I).

(2) « Jus vero consuetudinis post naturalem legem exordium habuit, ex quo homines convenientes in unum ceperunt simul habitare; quod ex eo tempore factum creditur ex quo Caïn civitatem ædificasse legitur, quod cum diluvio propter hominum raritatem fere videatur extinctum, postea a tempore Nemroth reparatum sive potius immutatum existimatur cum ipse simul cum aliis alios cepit opprimere; alii sua imbecillitate eorum ditioni ceperunt esse subjecti; unde legitur de eo : « Cepit Nemroth esse robustus venator coram Domino (*Gen.* X, 9) », id est hominum oppressor et exstinctor, quos ad turrim ædificandam allexit » (Gratianus, § 1, post c. 3, Non est peccatum, dist. VI).

3^o Mais voici qui est plus curieux encore : *c'est à l'apparition de la coutume ou de la constitution*, — l'identification entre la coutume et la constitution est à remarquer, — *que serait dû le régime de la propriété individuelle* :

« Le droit naturel diffère de la coutume et de la constitution. En vertu du droit naturel, en effet, tout est commun à tous : et cette communauté de tous les biens n'a pas seulement existé, croit-on, parmi les chrétiens dont on lit (*Actes*, IV, 32) que la multitude des croyants ne formait qu'un cœur et qu'une âme ; mais, cette même communauté de biens semble déjà se rencontrer à des époques antérieures, enseignée par les philosophes. C'est ainsi que, pour Platon, la cité organisée avec le plus de justice, c'est celle où chacun renonce à ses propres affections. A l'opposé, en vertu du droit qui dérive de la coutume ou de la constitution, ceci est devenu mien, et cela est devenu la propriété d'un autre » (1).

Le fait d'attribuer ainsi, dans son dire du début de la distinction VIII de la première partie de son Décret, l'origine de la propriété individuelle à l'apparition de la coutume ou de la constitution, ne dispose pas d'ailleurs Gratien à envisager avec plus de faveur la coutume.

4^o Loin de là ; car, non seulement Gratien proclame à son tour, après ses devanciers, dans le dire qui suit le 1^{er} canon de la VIII^e distinction de la première partie du Décret, que la coutume et la constitution qui s'opposent au droit naturel sont nulles (2) ; non seulement il rappelle, avec les divers Pères de l'Église qu'il cite abondamment au cours de cette même VIII^e distinction, que la coutume doit céder à la vérité et aux saints canons (3) ; mais il va jusqu'à affirmer tout simplement, sans aucun commentaire et en s'appuyant sur l'autorité d'Isidore, au début de la XI^e distinction de la première partie du Décret, que la coutume doit le céder même aux simples lois humaines :

« *Que la coutume doit le céder aux lois*, c'est ce que témoigne Isidore dans le canon 16 du II^e livre de ses *Synonymes* » (4).

(1) « Differt etiam jus naturæ a consuetudine et constitutione. Nam jure naturæ sunt omnia communia omnibus quod non solum inter eos servatum creditur de quibus legitur : « Multitudinis autem credentium erat cor unum et anima una, etc... (*Act. IV, 32*) », verum etiam ex precedenti tempore a philosophis traditum invenitur. Unde apud Platonem illa civitas justissime ordinata traditur in qua quisque proprios nescit affectus. Jure vero consuetudinis vel constitutionis hoc meum est, illud vero alterius » (*Gratianus*, ante c. 1, Quo jure, dist. VIII). — Gratien emploie indifféremment la conjonction « et » et la conjonction « ou » pour rapprocher la coutume de la constitution ; c'est sans doute qu'il les identifie l'une à l'autre.

(2) Gratianus, post c. 1, Quo jure, dist. VIII, et post c. 9. Si solus, dist. VIII.

(3) Voir les divers canons de la distinction VIII.

(4) « Quod vero legibus consuetudo cedat, Ysidorus testatur in *Synonymis* lib. II, c. 16 » (*Gratianus*, ante c. 1, Usus, dist. XI).

5° Néanmoins Gratien ne peut méconnaître tous les effets juridiques de la coutume. Le respect de la tradition le contraint à lui reconnaître une certaine force :

« Une coutume qui n'est contraire, ni aux saints canons, ni aux lois humaines, doit être conservée inviolablement » (1), déclare-t-il dans le dire qui suit le canon 4 de la distinction XI de la première partie du Décret, comme il avait déclaré, après le canon 3 de la IV^e distinction, que, d'une part, la coutume confirme la loi et même l'abroge et que, d'autre part, la coutume excuse de la faute :

« Les lois sont instituées quand elles sont promulguées; elles sont confirmées quand ceux qui agissent les approuvent par leurs manières de faire. De même, en effet, que c'est par des pratiques contraires à la loi, que certaines lois sont abrogées de nos jours, de même, c'est par des manières de faire conformes à ce que prescrit la loi, que les lois mêmes sont confirmées. Aussi le décret, par lequel le pape Téléphore avait prescrit que les clercs s'abstinsent d'une manière générale, à partir de la Quinquagésime, tant d'aliments gras que de réjouissances, n'ayant pas été approuvé par la pratique de ceux que cela concernait, cette non-observance de la loi a exempté de faute ceux qui n'agissaient pas conformément à la loi » (2).

Néanmoins cette reconnaissance, tant d'une coutume qui confirme la loi que d'une coutume qui abroge la loi et excuse de la faute, reconnaissance qui lui est imposée par les affirmations des siècles précédents, ne parvient pas à empêcher Gratien de former le souhait de voir les coutumes diverses disparaître le plus possible dans l'Église; il déclare donc après le canon 11 de la XII^e distinction de son Décret :

« Tout ce qui précède doit s'entendre, soit de la coutume de l'Église universelle, soit de la coutume confirmée par une pratique de longue durée. Par ailleurs si, en raison de la variation des temps ou des goûts, des coutumes diverses viennent à s'introduire, mieux vaut faire disparaître ces coutumes, en choisissant le moment opportun, que de les observer » (3).

(1) « Cum vero nec sacris canonibus nec humanis legibus consuetudo obviare monstratur inconcussa servanda est » (Gratianus, post c. 4, Consuetudinis, dist. XI).

(2) « Leges instituuntur cum promulgantur; firmanur cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullæ leges hodie abrogatæ sunt, ita moribus utentium ipsæ leges confirmantur. Unde illud Thelesphori Papæ (quo decrevit ut clerici generaliter a quinquagesima a carnibus et deliciis jejunent) quia moribus utentium approbatum non est, aliter agentes transgressionis reos non arguit » (Gratianus, post c. 3, In istis, dist. IV).

(3) « Hoc autem de consuetudine illa intelligendum est, quæ vel universalis ecclesiæ usu, vel temporis prolixitate roboratur. Ceterum, si pro varietate temporum vel animorum variæ consuetudines introducuntur, intenta opportunitate, resecundæ sunt potius quam observandæ » (Gratianus, post. c. 11, Illa autem, dist. XII).

De toutes ces citations il semble résulter que Gratien, contraint, par les textes qu'il allègue et harmonise, de faire à la coutume sa part, nourrit cependant le désir de restreindre le plus possible son champ d'action. En résumé, Gratien paraît se montrer peu favorable à la coutume.

Le moment est donc venu de porter un jugement d'ensemble sur la façon dont les écrivains ecclésiastiques des douze premiers siècles ont envisagé la coutume.

Conclusion de la seconde partie.

Dès le milieu du XII^e siècle une opinion solidement établie semble être reçue dans l'Église sur la question de la coutume. Cette opinion s'est lentement formée : Tertullien et saint Cyprien se sont montrés tout d'abord exigeants vis-à-vis de ce droit non écrit, qui aurait pu faire échec sur plus d'un point à la doctrine enseignée par le Christ et prêchée par l'Église; Tertullien a insisté sur le caractère obligatoirement raisonnable de la coutume, saint Cyprien sur son caractère de conformité avec la vérité. Saint Augustin s'est montré moins timide, tout en précisant avec soin les conditions de validité des pratiques coutumières; aussi les écrivains qui l'ont suivi ont-ils plus ou moins reproduit ses formules, tantôt pour condamner la coutume, tantôt pour l'approuver. Si on en excepte les tentatives, plus ou moins couronnées de succès, faites par Isidore de Séville au VI^e siècle, par saint Nicéphore et Photius au IX^e siècle, par Abbon au X^e siècle, par Burchard de Worms et Yves de Chartres au XI^e siècle, et enfin par Gratien au XII^e, soit pour unifier le droit ecclésiastique en rapprochant les unes des autres les sentences des Pères de l'Église et les décisions des Conciles, soit pour mettre en parallèle les solutions proposées par le droit romain d'une part et par l'Église d'autre part, — si on en excepte ces tentatives, il faut reconnaître qu'aucune idée vraiment nouvelle n'est venue enrichir la question de la coutume depuis saint Augustin jusqu'à Gratien. L'auteur du Décret lui-même ne s'est montré original que pour assigner, tant à la coutume qu'à la propriété individuelle, une origine qui reste pour le moins discutable; il n'a pas édifié une doctrine proprement dite de la coutume dans l'Église.

Somme toute, à la fin du XII^e siècle, l'opinion courante sur la question de la coutume peut se résumer de la façon suivante : 1^o **Notion de la coutume.** — La coutume ne se distingue pas encore nettement de la tradition dont elle apparaît toujours comme un simple succédané; les divers auteurs ecclésiastiques qui parlent favorablement de la coutume la relie, plus ou moins indirectement, aux pratiques qui découlent de l'enseignement oral donné par les Apôtres. — 2^o **Origine de la cou-**

tume. — Nulle part n'est exprimée la pensée que la coutume puisse venir de la communauté chrétienne, agissant de son propre chef et considérée comme source de droits; non seulement la communauté chrétienne n'est jamais présentée comme douée du pouvoir de légiférer, mais encore la part restreinte, bien que réelle, qu'elle a laissée le Christ dans la formation de la pratique religieuse, n'est mise en relief par personne; les usages les plus communément reçus dans l'Église semblent avoir été introduits, tout au moins du consentement, sinon sur l'initiative de l'autorité, soit apostolique, soit épiscopale. — 3^o **Valeur juridique de la coutume.** — La coutume a force de loi, non pas cependant par elle seule et par elle-même, mais, ou bien parce qu'elle a été établie par les Apôtres, ou bien parce qu'elle participe à la vérité ou à la raison; la coutume est *un fait*; elle n'est pas encore *un droit* défini et reconnu comme tel. A la fin du xii^e siècle d'ailleurs, la division de la coutume en coutumes conformes à la loi, contraires à la loi, ou étrangères à la loi, est à peine indiquée. — 4^o **Conditions d'application de la coutume.** — La coutume n'a de valeur que si elle est, d'abord, conforme à la raison, selon les exigences de Tertullien cédant peut-être en cela à l'influence du droit romain; puis, si elle est en accord avec la vérité religieuse, avec l'enseignement du Christ ou de l'Église, autrement dit avec la loi et les canons; enfin, si elle favorise la discipline ecclésiastique, c'est-à-dire les bonnes mœurs en entendant par là les mœurs chrétiennes. L'opinion courante, à la fin du xii^e siècle, ne précise pas davantage les conditions que la coutume ecclésiastique doit réaliser pour obtenir force de loi; sans doute les textes parlent de coutume longue, de coutume approuvée tant par l'autorité que par les mœurs et par le temps, mais sans fixer aucune durée strictement requise et obligatoire (1). — 5^o **Preuve de la coutume.** — Les documents des douze premiers siècles ne parlent que très vaguement de la preuve de la coutume; la coutume doit être plus approuvée par les mœurs et par l'usage que prouvée par témoins; en de très rares circonstances, il est rappelé que la coutume appuyée par un jugement rendu contradictoirement ne saurait être mise en doute. Mais, en aucun texte, on ne trouve exposée la façon dont se faisait la preuve de la coutume quand il convenait de l'établir par témoins, et aucun auteur ne nous indique davantage à qui incombait la charge de prouver l'existence de la coutume invoquée. — 6^o **Domaine d'application de la coutume.** — Le domaine d'application de la coutume est très varié; il s'étend à tous les actes du chrétien, à ceux notamment qui le mettent en rap-

(1) Un seul texte de la fin du xii^e siècle. — il date du pontificat d'Urbain III (1185-1187); — fait allusion, on s'en souvient, à une durée de quarante ans comme condition de validité d'une coutume (voir note p. 87).

port avec l'autorité, et il comprend tout particulièrement tout ce qui a trait à la liturgie, aux prières, à la réception des sacrements.

Il importe de noter d'ailleurs que l'opinion courante sur la coutume ecclésiastique au XII^e siècle est une résultante des données fournies par les deux droits qui ont présidé à sa formation : le droit romain ne cesse d'exercer son influence sur les esprits cultivés; cette influence est surtout sensible depuis le VI^e siècle, et elle devient plus prépondérante à partir du milieu du XII^e siècle; mais, d'autre part, la doctrine de l'Évangile prévaut : à la raison sans cesse invoquée par le droit romain, l'Église oppose persévéramment la vérité révélée au monde par le Christ.

Il convient enfin de constater que, si uniforme que tende à être l'opinion qui a cours au XII^e siècle sur la coutume dans l'Église, on ne peut cependant pas encore la présenter comme formant une doctrine proprement dite : de doctrine véritable, il ne peut en effet être question que là où il y a un enseignement authentique donné par des Maîtres ayant une autorité irrécusable; or, jusqu'à la fin du XII^e siècle, aucun Maître autorisé n'a traité *ex professo* de la coutume dans l'Église. Gratien, il est vrai, a réuni, en quelques-unes de ses distinctions, divers textes se rapportant plus spécialement à ce sujet; mais ces textes ne reproduisent que des opinions particulières, opinions si peu concordantes que l'auteur du Décret a dû se proposer de les ramener de leur divergence primitive à une vue convergente ultérieure.

Seul, le XIII^e siècle présentera une doctrine vraiment cohérente de la coutume, en attendant que les siècles suivants édifient une théorie (1) systématisée de la coutume dans le droit canonique.

(1) La distinction proposée entre la doctrine et la théorie de la coutume demande à être précisée en raison de l'importance que cette distinction est appelée à avoir dans le développement de cet exposé. — Selon l'étymologie des termes, la doctrine c'est l'enseignement (le mot doctrine vient du verbe latin *docere* qui veut dire enseigner); la théorie c'est la considération attentive de la doctrine. La doctrine propose; la théorie justifie ou cherche à justifier la doctrine. Dans l'Eglise, la doctrine est proposée par le pape et les évêques; la théorie est édiflée par les théologiens, les canonistes et les divers savants, soucieux de montrer le bien-fondé des décisions portées par le magistère ecclésiastique. La théorie se propose donc de justifier la doctrine. C'est dans ce sens qu'il conviendra désormais d'entendre les termes *doctrine et théorie* quand ils seront opposés l'un à l'autre.

TROISIÈME PARTIE

LA COUTUME DANS LES DÉCRÉTALES DE GRÉGOIRE IX, PAPE DE 1227 A 1239

LA DOCTRINE RECONNAIT LA COUTUME
COMME UN DROIT DONT ELLE DÉFINIT
LES CONDITIONS ESSENTIELLES

Le xiii^e siècle est l'âge d'or des études juridiques. La renaissance des études du droit romain entraîne, en effet, à sa suite, comme conséquence heureuse et toute naturelle, l'étude du droit ecclésiastique. L'heure est venue pour les Docteurs de l'Église catholique de formuler, *d'une manière précise*, les règles qui ont présidé à la naissance de la société fondée par le Christ et à son expansion à travers le monde; de l'enseignement et de la pratique des douze premiers siècles, il convient maintenant de dégager et de définir, *en termes juridiques*, les principes sur lesquels repose la vie de l'Église en tant que collectivité ayant son existence propre et indépendante.

Deux faits, d'une importance capitale au point de vue de la formation du droit canonique, marquent dès lors le début du xiii^e siècle : tout d'abord, par une heureuse initiative, le pape Grégoire IX charge, vers 1230, son secrétaire Raymond de Pennafort de réunir dans un même recueil, matière par matière, les diverses solutions proposées par ses prédécesseurs dans leurs décrétales; puis, par un acte d'autorité d'une envergure exceptionnelle, le même souverain pontife publie, le 5 septembre 1234, la constitution « Rex Pacificus », dans laquelle il confère force de loi à tous les documents renfermés dans la collection de son secrétaire (1). Ces deux faits, dont les conséquences ne tarderont pas

(1) Quoique la collection de Raymond de Pennafort porte le nom de *Compilation des Décrétales de Grégoire IX*, il faut retenir une fois pour toutes que cette collection comprend les décrétales de nombreux souverains pontifes; mais, comme c'est sur

à paraître, obligent quiconque veut apprendre, comment s'est formée la doctrine de la coutume dans le droit canonique, à étudier les textes et, autant que possible, tous les textes des Décrétales de Grégoire IX qui ont trait à ce sujet. Mais quelques remarques préliminaires s'imposent, avant d'entreprendre cette étude sur la coutume à la fin du XIII^e siècle et dans la première partie du XIII^e siècle.

1^o Quoique Raymond de Pennafort ait utilisé, pour édifier le premier code vraiment officiel de droit canonique, tous les écrits parus depuis les origines jusqu'en 1230 (traités des Pères de l'Église, décisions des conciles, capitulaires des rois de France, lettres des souverains pontifes, et principalement le Décret de Gratien), cependant, c'est surtout en recourant aux décrétales des divers souverains pontifes, qui se sont succédé sur la chaire de saint Pierre depuis 1158, qu'il est parvenu à édifier sa remarquable collection, dont la composition définitive correspond aux années 1230-1234.

2^o Or huit papes seulement, — il n'y a pas lieu de faire mention des antipapes (1) dont aucune décision n'a trouvé place dans l'œuvre de Raymond de Pennafort, — ont occupé le siège de Rome de 1159 à 1230. Voici les noms de ces papes avec les dates du début et de la fin de leur règne :

Alexandre III	1159-1181
Lucius III	1181-1185
Urbain III	1185-1187
Clément III.	1187-1191
Célestin III.	1191-1198
Innocent III	1198-1216
Honorius III.	1216-1227
Grégoire IX	1227-1239

3^o Au surplus, la question de l'origine des divers chapitres, qui ont trouvé place dans la collection de Raymond de Pennafort, ne présente qu'un intérêt secondaire; car, du point de vue doctrinal, ces chapitres ont tous une égale autorité, et cette autorité ils la tiennent, non de l'auteur dont ils ont été extraits, mais de Grégoire IX lui-même qui, en prenant sous son nom la nouvelle collection, a conféré force de loi à tous les documents y insérés par son secrétaire.

l'initiative et par l'autorité de Grégoire IX, que les décrétales des souverains pontifes qui l'ont précédé figurent dans cette collection et y obtiennent valeur juridique, c'est à juste raison que seul le nom de Grégoire IX est mentionné dans le titre même du recueil.

(1) De 1159 à 1180, quatre antipapes ont cherché à contrecarrer l'autorité d'Alexandre III : ce sont Victor IV (1159-1164), Pascal III (1164-1168), Calixte III (1168-1178) et Innocent III (1179-1180).

Ces préliminaires bien établis, il est possible maintenant de faire un exposé de la doctrine de la coutume, telle du moins que cette doctrine ressort d'une étude consciencieuse, et momentanément exclusive, du volumineux ouvrage de Raymond de Pennafort. Aussi bien, pour garder à cet exposé toute la valeur objective désirable, il est essentiel d'éviter tout commentaire et d'écarter toute discussion. Un seul but est en effet à atteindre : il s'agit de découvrir les réponses données par les Décrétales de Grégoire IX, considérées dans leurs textes authentiques, aux cinq questions suivantes :

CHAPITRE I^{er}. — Quelle est la notion et quel est le domaine d'application de la coutume ?

CHAPITRE II. — Quelle est la valeur juridique de la coutume ?

CHAPITRE III. — Quelles sont les diverses qualités que doit posséder une coutume pour avoir autorité ?

CHAPITRE IV. — Comment se prouve la coutume ?

CHAPITRE PREMIER

QUELLE EST LA NOTION ET QUEL EST LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA COUTUME

1^o Notion de la coutume.

Dans les Décrétales de Grégoire IX la coutume ne se confond plus, comme durant les douze premiers siècles, avec la tradition, c'est-à-dire avec l'enseignement donné par le Christ et transmis par les Apôtres et leurs successeurs; elle constitue une notion bien spécifiquement déterminée. Cette notion, il est vrai, n'est nulle part l'objet d'une définition précise, mais la définition donnée par Gratien dans son Décret, définition empruntée au droit romain, resté sous-jacente à toute l'œuvre de Raymond de Pennafort : « c'est le droit introduit par les mœurs et affermi par l'usage ». — Par ailleurs, dans les Décrétales, la coutume est presque toujours désignée par le terme « *consuetudo* »; parfois cependant ce terme, qui est aussi employé pour désigner les redevances ou impôts, surtout les redevances féodales, est remplacé par celui de « *mos*, manière de faire », ou encore par celui d'« *usus*, usage »; mais c'est l'emploi du mot *consuetudo* qui est de beaucoup le plus fréquent, et c'est là chose digne d'être remarquée, puisqu'il en était tout autrement dans le droit romain.

2^o Domaine d'application de la coutume.

Le domaine d'application de la coutume dans les Décrétales de Grégoire IX est fort vaste : tour à tour, le lecteur voit la coutume intervenir, d'abord (A) dans la collation des bénéfices et des dignités, puis (B) dans la délimitation des droits de juridiction, ensuite (C) dans la façon de rendre la justice, et encore (D) dans la question des donations, des successions et des dîmes, enfin (E) dans les questions liturgiques, en particulier dans la question de l'administration des sacrements, du sacrement de mariage surtout. En toutes ces matières, la coutume joue son rôle, et un rôle parfois singulièrement important.

A. — Dans la question si controversée de la collation des bénéfices et dignités, il est sans cesse fait appel à la coutume. — Selon la coutume anglaise, le clerc institué à la tête d'une église sur la présentation de quelqu'un qui se croyait patron de l'église, mais ne l'était pas en réalité, peut être écarté de l'église (1). — Encore en Angleterre, la coutume antique oblige l'archevêque d'York à présenter au doyen et au chapitre l'archidiacre de Richmond, sous peine de voir cette nomination annulée (2). — Toujours en Angleterre, pour établir la dignité de grand-chantre dans l'église de Londres et déterminer la préséance de ce dignitaire sur les autres chanoines, l'évêque d'Ely devra tenir compte des coutumes en usage dans les églises voisines (3). — En Hongrie maintenant, les suffragants de la province de Gran invoquent la coutume antique et approuvée, pour élire l'archevêque de concert avec les chanoines de l'église cathédrale, mais Innocent III ne ratifie pas le choix fait par les suffragants (4). — En Italie, une coutume particulière fait que l'élection du pasteur de Saint-Sauveur appartient au peuple, et non aux clercs de Sainte-Agathe qui revendiquaient aussi ce droit (5). — En Toscane, une coutume générale autorise les chapitres des églises cathédrales à élire les chanoines sans le concours de l'évêque (6). — En Lombardie, un chanoine d'Aoste rappelle que, selon la coutume de l'Église, les clercs non constitués dans les ordres sacrés n'ont pas voix pour élire le chef de cette église (7). — En France, la coutume générale de l'Église gallicane veut que les chanoines absents soient convoqués pour procéder à l'élection du pasteur de l'église cathédrale (8). — Dans diverses régions de la chrétienté enfin, à Laon et à Troyes, comme à York et à Pavie, les chapitres ont leur cérémonial particulier, leurs pratiques propres, pour procéder à la réception des nouveaux chanoines (9).

B. — La coutume n'est pas moins souvent invoquée quand il s'agit de délimiter les pouvoirs de juridiction du Pape, des archevêques et évêques, tant sur les clercs que sur les religieux. — Tout d'abord, les mœurs approuvent l'institution, établie par les Pères, de soumettre les

(1) Cap. 19, Consultationibus, **X**, III, 38.

(2) Cap. 7, Post electionem, **X**, III, 8.

(3) Cap. 6, Quum olim, **X**, I, 4.

(4) Cap. 4, Bonæ memoriæ, **X**, I, 5.

(5) Cap. 24, Querelam, **X**, I, 6.

(6) Cap. 31, Quum Ecclesia, **X**, I, 6.

(7) Cap. 3, Ex ore, **X**, III, 11.

(8) Cap. 55, In Genesi, **X**, I, 6.

(9) A Laon, cap. 17, Inter cetera, **X**, III, 5; à Troyes, cap. 25, Dilecto filio, **X**, III, 5; — à York, cap. 7, Post electionem, **X**, III, 8; — à Pavie, cap. 10, Ex parte Asten-sis, **X**, III, 8.

questions importantes et difficiles au Siège Apostolique (1). — Puis la coutume, conforme en cela au droit commun, autorise l'archevêque de Ravenne à percevoir un droit de visite sur les monastères situés dans son diocèse (2). — De même, en vertu d'une antique coutume approuvée par Innocent III, l'archevêque de Sens a droit de visite sur les abbés de Paris, qui sont tenus de lui fournir la redevance due à cette occasion (3); de même encore, c'est la coutume antique qui, avec les saints canons, a seule autorité pour conférer aux primats des droits sur les sujets de leurs archevêques et évêques (4). — Une coutume pacifique permet même à un archidiacre de Sens d'exercer ses droits de juridiction sur l'abbé et les moines de Saint-Pierre (5). — Il faut enfin signaler le cas très curieux d'une juridiction conférée, en France, à une femme : une coutume, approuvée et observée comme une loi, autorise en France les femmes de mérite, en l'espèce la Reine A..., à exercer leur autorité sur leurs sujets; et, de fait, les religieux hospitaliers se soumettent humblement à la sentence arbitrale rendue par la Reine (6). — En ce qui concerne le droit de répression, l'intervention de la coutume n'est pas moins efficace. — La coutume de certains Ordres religieux veut que le souverain pontife ait le droit, non seulement de juger, mais aussi de déposer les abbés (7). — Les archevêques de Cantorbéry ont droit de visiter les monastères et les chapitres réguliers de leur diocèse pour réprimer les abus qui s'y sont introduits (8). — Selon la coutume approuvée de l'Église romaine, la justice canonique est réservée à l'évêque diocésain dans les monastères non exempts (9). — Selon une décision du IV^e concile de Latran, en 1215, les chapitres des églises cathédrales peuvent tenir de la coutume le droit de corriger les excès de leurs chanoines; si le chapitre ne sévit pas dans le délai fixé par l'évêque, c'est ce dernier qui agira d'autorité (10).

C. — La coutume influence même la façon dont les causes sont entendues et les jugements rendus. La coutume de l'Église veut que le serment soit prêté avant l'ouverture des débats (11); elle veut qu'on hospi-

(1) Cap. 15, In his, **X**, V, 40.

(2) Cap. 14, Sopitæ, **X**, III, 39.

(3) Cap. 16, Quum ex officii, **X**, II, 26.

(4) Cap. 9, Duo simul, **X**, I, 31.

(5) Cap. 10, Dilecto filio, **X**, I, 23.

(6) Cap. 4, Dilecti, **X**, I, 43.

(7) Cap. 32, Per tuas, **X**, V, 3.

(8) Cap. 30, Dilectus filius, **X**, V, 3.

(9) Cap. 17, Ex ore sedentis, **X**, V, 33.

(10) Cap. 13, Irrefragabili, **X**, I, 31.

(11) Cap. 40, Per tuas literas, **X**, V, 39.

talise les juges, même royaux, mais non dans les maisons des églises (1); pour présenter sa défense, l'accusé d'hérésie peut recourir à la coutume de sa patrie (2); si la coutume est louable, même si elle est contraire au droit, on peut y faire appel dans un jugement qui porte sur un envoi en possession, et, si les juges refusent d'en tenir compte, leur jugement pourra être rapporté (3). Dans l'Église de Rome, une coutume de longue durée a même obtenu que l'exception invoquée contre un témoin soit légitimement opposée, tant avant la prestation du serment qu'avant ou après les dépositions (4). La coutume a même introduit, pour les excommuniés, la faveur de fournir une caution, en vue de les faire rentrer dans la communion de l'Église avant qu'ils aient reçu l'absolution (5).

D. — Dans la question des donations, des testaments et des dîmes, la coutume intervient également. — En raison d'une antique coutume approuvée par l'usage, les donations, faites par « scotation » aux cloîtres et lieux religieux, valent chez les Danois; les assistants jettent un peu de terre sur un manteau soutenu par l'évêque; ou bien, un petit sac renfermant de la terre est déposé sur l'autel (6). — Par ailleurs, pour savoir si une donation faite par un abbé est valable malgré la protestation d'une partie des religieux, il faut considérer la valeur de la donation et la coutume du lieu (7). — En matière testamentaire, la coutume est pareillement créatrice de nouveaux droits. — C'est la coutume générale de l'Église qui rend valides les testaments faits par les paroissiens devant leur curé et deux témoins seulement; et la coutume locale, qui prétend réclamer, à Ostie, la présence des cinq ou sept témoins exigés par les lois civiles, est réprouvée (8). — C'est encore la coutume qui autorise que, sur les biens d'Église laissés par les clercs mourants, une partie soit donnée aux pauvres, aux lieux religieux et aux serviteurs consanguins ou autres du défunt (9). — Une autre coutume locale permet, à son tour, qu'on donne une part des biens des défunts aux églises qui leur ont distribué les sacrements durant leur vie (10); et c'est encore en vertu de la coutume, que l'évêque a droit au tiers ou au quart des biens légués par le testateur pour le repos de son âme (11). — En

(1) Cap. I, *Ut in domibus*, **X**, III, 49.

(2) Cap. 9, *Ad abolendam*, **X**, V, 7.

(3) Cap. 8, *Quum venissent*, **X**, II, 15.

(4) Cap. I, *Denique*, **X**, II, 25.

(5) Cap. 15, *Quum desideres*, **X**, V, 39.

(6) Cap. 2, *Ex literis*, **X**, I, 4.

(7) Cap. 3, *Ceterum*, **X**, III, 24.

(8) Cap. 10, *Quum esses*, **X**, III, 26.

(9) Cap. 12, *Relatum est*, **X**, III, 26.

(10) Cap. 14, *Quam olim*, **X**, V, 33.

(11) Cap. 15, *Requisisti*, **X**, III, 26.

matière de dîmes, la coutume confirme et précise les obligations de la loi divine. — C'est la loi divine et la coutume du lieu qui rendent obligatoire la dîme (1); la coutume de payer la dîme aux églises sur la laine, le foin, les revenus des moulins et les produits de la pêche, est déclarée louable par Alexandre III (2); il faut s'en rapporter à la coutume du lieu pour savoir si le colon doit la dîme à l'église de la paroisse sur laquelle sont situés les biens, ou à celle dans laquelle il entend les offices (3); une coutume réservait autrefois aux Hospitaliers la dîme due sur les récoltes faites dans la paroisse Saint-Etienne de la ville de Veszprim (4); la coutume anglicane est de payer la dîme en automne sur les récoltes, sans tenir compte des dépenses faites pour les couper et les rentrer (5).

E. — Si maintenant on jette un coup d'œil rapide sur les rapports de la coutume avec la liturgie, particulièrement dans l'administration des sacrements, une multitude d'institutions apparaissent, qui n'ont d'autre raison d'être que la pratique coutumière qui les a introduites. — Une coutume antique, observée d'une façon incontestable, interdit que les objets consacrés au culte par l'évêque soient ensuite employés à des usages profanes; la piété va même jusqu'à étendre cette disposition aux locaux qui ont servi à l'hospitalité (6). — La coutume générale de l'Eglise est de supprimer l'abstinence, si la fête de Noël tombe un vendredi (7). — Il convient de suivre les coutumes locales en ce qui concerne la date de la célébration de la fête de saint Barthélemy et celle de sa vigile (8); il en est de même pour la fixation de la date de la fête de saint Mathias au cours des années bissextiles (9). — La fête de la Sainte Trinité, qui ne se célèbre pas à Rome, se célèbre à des dates différentes, selon la diversité des coutumes, dans les autres églises (10). — Quoi qu'il soit écrit qu'on doive célébrer les fêtes d'un soir à l'autre, c'est cependant la coutume de la région qui fixe l'ouverture et la clôture des fêtes (11). — Ce sont aussi les habitudes particulières des régions qui

(1) Cap. 32, *In aliquibus*, **X**, III, 30.

(2) Cap. 5, *Pervenit*, **X**, III, 30; cap. 5, *Significavit*, **X**, III, 29; cap. 18, *Quum sint*, **X**, III, 30.

(3) Cap. 20, *Ad apostolicæ*, **X**, III, 36.

(4) Cap. 31, *Datum*, **X**, III, 30.

(5) Cap. 7, *Quum homines*, **X**, III, 30.

(6) Cap. 4, *Ad hæc*, **X**, III, 36.

(7) Cap. 3, *Explicari*, **X**, III, 46.

(8) Cap. 2, *Consilium*, **X**, III, 46.

(9) Cap. 14, *Quæsivit*, **X**, V, 40.

(10) Cap. 2, *Quoniam*, **X**, II, 9.

(11) Cap. 2, *Quoniam*, **X**, II, 9.

déterminent si la loi d'abstinence s'applique aux infirmes le samedi (1). — Des usages spéciaux règlent les funérailles : on s'en rapporte à la coutume raisonnable du lieu pour fixer au quart, au tiers, à la moitié, la part canonique qui revient à l'église paroissiale, quand le défunt est enterré dans une autre église (2); de même, c'est la coutume du lieu qui détermine si le père a le droit de faire enterrer ses enfants impubères où il veut (3); la coutume de se faire enterrer près des églises, dans le tombeau de ses ancêtres, est déclarée antique et raisonnable (4); la coutume qui existe dans la région de Montpellier, en vertu de laquelle les laïques offrent, spontanément, une somme d'argent, à l'occasion d'une concession dans un cimetière, est proclamée louable (5), tout comme la coutume plus générale d'offrir quelque cadeau à l'occasion de la réception des sacrements (6); l'ordonnance des canons, qui veut que les excommuniés ne soient pas inhumés dans les cimetières des chrétiens, est approuvée par l'usage (7).

La coutume intervient même pour déterminer certaines règles concernant l'administration des sacrements. — La coutume de certaines régions est de conférer à la fois les quatre ordres mineurs (8). — Est dite *raisonnable* (bien remaquer ce mot dont la signification précise ne ressortira que plus loin au cours de cette étude), la coutume générale de l'Église de mettre plus de vin que d'eau dans le calice (9). — Mais c'est surtout le sacrement de mariage qui subit l'influence de la coutume, soit générale, soit régionale. — L'usage veut que, dans certains lieux, la fiancée reçoive des dons offerts à elle spontanément par son fiancé (10). — Une coutume, observée depuis les temps les plus reculés par l'Église romaine, reconnaît comme valide l'échange des consentements faits « de præsenti » par les époux, quelle que soit la période du cycle liturgique au cours de laquelle a lieu cet échange; seule la célébration des noces est interdite à certains moments de l'année (11). — Une antique coutume, approuvée par les lois tant divines qu'humaines, admet comme témoins de la célébration du mariage et de sa dissolution les parents, frères, et cognats de l'un et l'autre sexe (12).

(1) Cap. 2, Consilium, **X**, III, 46.

(2) Cap. 9, Certificari, **X**, III, 28.

(3) Cap. 7, De uxore vero, **X**, III, 28.

(4) Cap. 3, Fraternitatem, **X**, III, 28.

(5) Cap. 13, Abolendæ, **X**, III, 28.

(6) Cap. 42, Ad apostolicam, **X**, V, 3.

(7) Cap. 12, Sacris, **X**, III, 28.

(8) Cap. 2, Quum H..., **X**, V, 30.

(9) Cap. 13, Perniciosus valde, **X**, III, 41.

(10) Cap. 1, Literæ, **X**, IV, 16.

(11) Cap. 4, Capellanus, **X**, II, 9.

(12) Cap. 3, Videtur nobis, **X**, IV, 18.

— La coutume de l'Église de France est de publier les bans des futurs époux, et cette coutume s'est étendue à d'autres églises (1). — De droit ordinaire, la « *donatio propter nuptias* » revient au mari lors de la dissolution du mariage et la dot à la femme, mais la coutume peut en décider autrement, tout comme un pacté (2). — La coutume civile de la ville de Gènes autorisait à ne verser la dot de l'épouse au mari indigent que sous caution assurant la survivance de la dot; Innocent III n'exige qu'une caution en rapport avec les ressources du mari : si on ne craint pas de confier à quelqu'un le corps d'une jeune fille, on peut bien avoir confiance en lui, dit-il, pour lui remettre une dot (3). — La coutume de l'Église romaine est de maintenir le mariage dans le cas où la femme est « *clausa* » (4), mais la coutume de l'Église de France est de dissoudre les mariages quand l'un des époux est impuissant, quoique l'usage de l'église de Rome ne soit pas tel (5). — Des coutumes diverses existent au sujet du mariage entre les enfants de parents spirituels, c'est-à-dire entre les enfants des parrains et marraines : de droit commun, ces enfants peuvent se marier entre eux; de droit local, il en est autrement, et la coutume régionale peut annuler ces mariages (6). — Il faut s'en rapporter à la coutume pour savoir si, dans les dispenses de mariage obtenues pour cause de parenté au sixième degré, il faut exiger que les deux futurs soient éloignés de la souche commune chacun au même degré (7). — La part faite à la coutume dans les empêchements et les dispenses de mariage est à coup sûr prépondérante; aussi Innocent III croit-il pouvoir affirmer que la pratique ancienne, la « *mos* », a excusé les patriarches de l'adultère, malgré la multiplicité de leurs femmes (8); et des coutumes régionales, notamment la coutume de l'église de Poitiers, ont-elles été jusqu'à autoriser les clercs minorés à vivre dans le mariage et à les dispenser, en ce cas, de porter la tonsure, si tel était leur désir (9).

En vérité, à en juger par les cas multiples que les Décrétales de Grégoire IX viennent de faire rapidement repasser sous nos yeux, la coutume manifeste une vitalité considérable dans les diverses sphères du droit ecclésiastique. Il n'est pas jusqu'à la vie des moines qu'elle ne tende à réglementer : Innocent III ne déclare-t-il pas, en effet, louable

(1) Cap. 27, *Quum in tua*, X, IV, 1.

(2) Cap. 8, *Donatio quæ*, X, IV, 20.

(3) Cap. 7, *Per vestras vobis*, X, IV, 20.

(4) Cap. 4, *Consultationi tuæ*, X, IV, 15.

(5) Cap. 2, *Quod sedem*, X, IV, 15.

(6) Cap. I, *Utrum*, X, IV, 11; et cap. 3, *Super eo*, X, IV, 11.

(7) Cap. 3, *Quod dilectio*, X, IV, 14.

(8) Cap. 8, *Gaudemus*, X, IV, 19.

(9) Cap. 13, *Clericorum*, X, III, 1; et cap. 7, *Joannes filius*, X, III, 3.

pour l'avenir la coutume antique qui ordonne que le silence perpétuel soit observé dans les monastères (1); et n'est-ce pas, en s'inspirant des chapitres généraux tenus, en raison d'une vieille coutume, par les abbés de Cîteaux, qu'il impose aux autres ordres religieux l'obligation de tenir des chapitres semblables de trois ans en trois ans (2)?.

(1) Cap. 6, Quum ad monasterium, **X**, III, 35.

(2) Cap. 7, In singulis, **X**, III, 35.

CHAPITRE II

QUELLE EST LA VALEUR JURIDIQUE DE LA COUTUME?

Les mêmes Décrétales de Grégoire IX permettent de mettre en lumière la valeur juridique de la coutume au début du ^{xiii}e siècle.

La coutume est, tout d'abord, la meilleure interprète des lois. — C'est ce qui est affirmé textuellement, encore qu'incidemment, dans deux chapitres des Décrétales, en premier lieu, dans le chapitre *Quum dilectus* (1) dans lequel il est mentionné que la coutume de l'église d'Andres est de choisir son abbé parmi les moines de Charroux; en second lieu, dans le chapitre *Abbate* (2) qui veut que, en vertu d'une coutume déjà ancienne, l'abbé du monastère d'Auxi-le-Château soit choisi parmi les moines de Saint-Bertin.

En second lieu, la coutume confirme la loi. — A York, c'est en raison du droit commun et de la coutume générale que l'institution canonique et la garde des églises appartiennent à l'archevêque (3). — A Maguelone (Etats du Magalon), l'évêque affirme qu'il est contre l'antique coutume de cette église, autant que contre le droit commun, qu'une même personne revendique deux bénéfices dans une même église (4). — A Milan enfin, c'est en vertu du droit ou de la coutume que la chancellerie de l'église est confiée, depuis soixante ans, à un prébendé ordinaire parmi les vingt chanoines, et non à un prébendé non ordinaire (5).

Interprète des lois, confirmatrice de la loi, la coutume a elle-même force de loi. — Comme la loi, la coutume peut rendre authentique un document. Dans l'espèce particulière il s'agit d'un document émanant d'un roi d'Écosse : si la coutume approuvée de la région veut que, dans de telles circonstances, foi soit ajoutée aux documents de ce roi, vous pouvez considérer, déclare Innocent III, ce document comme authen-

(1) Cap. 8, *Quum dilectus*, **X**, I, 4.

(2) Cap. 25. *Abbate*, **X**, V, 40.

(3) Cap. 6, *Quum venissent*, **X**, III, 7.

(4) Cap. 12, *Quum olim*, **X**, II, 27.

(5) Cap. 1, *Ut nostrum*, **X**, III, 12.

tiqne, d'autant plus que le dit roi est d'une telle honorabilité que ses écrits jouissent de la plus grande autorité *in partibus Scolix* (1). — Comme la loi aussi, la coutume crée de véritables droits, des droits nouveaux, des droits qui vont à l'encontre des prescriptions des lois écrites. — De droit commun, seul l'évêque peut juger des fautes commises par les clercs, mais, par coutume spéciale ou par faveur spéciale, les supérieurs qui ne sont pas évêques pourront juger leurs inférieurs (2). — De droit commun, le consentement du chapitre est requis pour que le prélat confère les bénéfices qui dépendent du chapitre : en vertu d'une coutume ancienne et approuvée, il peut se faire que le prélat puisse pourvoir aux bénéfices sans avoir obtenu le consentement du chapitre ou de sa majeure partie; ainsi raisonne Célestin III en s'adressant à l'archevêque de Rouen (3). — Le droit écrit veut que le demandeur s'adresse au tribunal de celui qu'il accuse; cette règle du droit écrit est battue en brèche par la coutume dans la plupart des régions (4). — L'appel interjeté au pape d'un jugement relatif à des affaires non soumises à la juridiction ecclésiastique ne vaut pas selon la rigueur du droit; ce même appel tient, grâce à la coutume de l'Église (5). — L'autorité ecclésiastique n'a pas à se prononcer quand il est question d'un *feudum*, surtout d'une *feudum* que se disputent le roi de France et le roi d'Angleterre; mais, par privilège spécial ou par une coutume contraire au droit, le Saint Siège intervient en déclarant que, là où il y a serment violé, son intervention est légitime (6).

Les textes cités pourraient être multipliés; mais les exemples apportés suffisent à prouver que la coutume a, dans les Décrétales de Grégoire IX, même valeur juridique que la loi. Rien donc de surprenant si, à Auxerre, le doyen du chapitre prête serment d'observer les coutumes de cette église (7). Néanmoins, la coutume n'a cette valeur juridique, qu'autant qu'elle réalise certaines conditions qu'il importe maintenant de déterminer avec précision.

(1) Cap. 9, Quum dilectus, **X**, II, 22.

(2) Cap. 13, Quum contingat, **X**, II, 2.

(3) Cap. 6, Ea Noscitur, **X**, III, 10.

(4) Cap. 5, Si clericus, **X**, II, 2.

(5) Cap. 7, Si duobus, **X**, II, 28.

(6) Cap. 13, Novit ille, **X**, II, 1.

(7) Cap. 55, Dilectis filiis, **X**, II, 28.

CHAPITRE III

QUELLES SONT LES DIVERSES QUALITÉS QUE DOIT POSSÉDER UNE COUTUME POUR AVOIR AUTORITÉ?

Pour qu'une coutume soit valable juridiquement, selon les Décrétales de Grégoire IX, elle doit posséder des qualités négatives et des qualités positives. Elle doit, tout d'abord, ne pas porter préjudice au droit naturel; elle doit, ensuite, ne pas déroger au droit positif; ou, si elle déroge au droit positif, elle ne peut y déroger qu'autant qu'elle est et raisonnable et d'une ancienneté reconnue. La non-opposition avec le droit naturel et la non-opposition avec le droit positif, voilà les qualités négatives de la coutume; la conformité avec la raison et la longue durée, voilà les qualités positives qu'une coutume doit présenter pour s'opposer victorieusement aux décisions du droit positif.

Grégoire IX a fort bien indiqué, dans un chapitre célèbre qui fait loi en la matière et résume parfaitement les diverses exigences contenues dans les Décrétales de ses prédécesseurs, les diverses conditions auxquelles une coutume doit satisfaire pour avoir force juridique :

« Comme les péchés sont d'autant plus graves qu'ils retiennent plus longtemps l'âme malheureuse dans leurs liens, toute personne saine d'esprit comprend qu'il ne peut être, en quelque façon que ce soit, dérogé par aucune coutume au droit naturel : car la transgression de ce droit naturel constitue un péril pour le salut, et une coutume qui violerait ce droit serait plus justement dite un principe de corruption. Bien plus, quoique l'autorité d'une très vieille coutume ne soit pas méprisable, cependant elle n'est pas si considérable que la coutume doive porter préjudice au droit même simplement positif, à moins qu'elle ne soit raisonnable et légitimement prescrite » (1).

(1) « Quum tanto sunt graviora peccata quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanæ mentis intelligit, naturali juri, cujus transgressio periculum salutis inducit, quacumque consuetudine, quæ dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet etiam longævæ consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat præjudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime præscripta » (cap. 11, Quum tanto, X, I, 4).

La seconde partie de ce chapitre reproduit, mais en la complétant, la formule employée par l'empereur Constantin : « Bien plus, quoique l'autorité de la coutume et d'un usage très ancien ne soit pas méprisable, elle ne possède pas cependant une telle valeur qu'elle puisse aller jusqu'à vaincre, soit la raison, soit la loi » (1), avait affirmé l'empereur. Le Souverain Pontife s'inspire de ce texte déjà classique; mais il le précise, d'une part, en limitant au seul droit positif la force dérogatoire de la coutume; d'autre part, en énonçant les conditions que toute coutume doit réaliser pour vaincre, — il ne dit plus la raison ou la loi, mais il dit : — la loi positive. Aussi bien, de ces conditions qui sont au nombre de deux, la première, à savoir le caractère raisonnable, était déjà implicitement contenue dans le terme « ratio » employé par l'empereur en 319; mais la seconde condition, à savoir la légitime prescription, semble bien être une création de Grégoire IX, soucieux de donner à la pensée de ses prédécesseurs une forme vraiment définitive et juridique.

La tâche qui s'impose présentement consiste à donner de ce chapitre de Grégoire IX un commentaire satisfaisant à l'aide des autres textes renfermés dans la collection de Raymond de Pennafort. On étudiera successivement : (A) les qualités négatives de la coutume; (B) les qualités positives de la coutume.

A. — QUALITÉS NÉGATIVES DE LA COUTUME

**La coutume doit ne pas porter préjudice au droit naturel
et ne pas déroger au droit positif.**

Point n'est besoin d'insister sur la première qualité que doit avoir toute coutume qui prétend obtenir force juridique, à savoir sa conformité avec le droit naturel. En effet, le droit naturel est celui qui régit la nature même des êtres, que cet être soit celui de la créature raisonnable ou celui des autres créatures. Dès lors, toute violation du droit naturel constitue un désordre grave, puisqu'elle est une révolte plus ou moins directement dirigée contre Dieu, Auteur de la nature. Imposable donc qu'aucune disposition du droit écrit ou non écrit sanctionne une violation du droit naturel. Il est d'ailleurs fort probable, sinon certain, que Grégoire IX a entendu l'expression « droit naturel » dans son sens large et qu'il a voulu désigner par là le droit divin lui-même, le *jus divinum*, c'est-à-dire le droit établi par Dieu dans l'Ancien Testament, par Jésus-Christ dans le Nouveau : cela paraît correspondre à la pensée qui prévalait au début du XIII^e siècle; et c'est tout à fait dans la

(1) L. 2, Codex. VIII, 52.

logique des choses : car, ce que Dieu a établi, constitue comme le fond essentiel ou la nature propre des divers êtres.

La seconde qualité négative que doit posséder la coutume pour avoir force juridique, c'est de ne pas porter préjudice au droit positif. Le chapitre de Grégoire IX paraît, il est vrai, quelque peu incertain et confus sur ce point : car, d'une part, il semble dire que la coutume, même de longue durée, ne peut porter préjudice au droit positif; d'autre part, il énonce les conditions qu'une pratique doit réaliser pour déroger victorieusement à ce droit. En d'autres termes, Grégoire IX ne nie la force dérogatoire de la coutume à l'égard du droit positif, qu'au moment même où il spécifie les conditions dans lesquelles la coutume peut vaincre ce même droit. « La coutume ne peut porter préjudice au droit simplement positif que si elle est raisonnable et légitimement prescrite ».

Mais, si le texte même de Grégoire IX peut donner lieu à des discussions subtiles et embarrassantes, les Décrétales, publiées sous le nom de ce grand pape, contiennent de nombreux passages qui affirment, avec une clarté lumineuse, que la coutume contraire au droit positif est à éliminer, du moins de prime abord. Sans doute, les huit souverains pontifes, qui ont immédiatement précédé Grégoire IX et dont les décisions ont trouvé place dans la collection de Raymond de Pennafort, ne font pas usage de l'expression : droit positif. Ce terme est trop juridique et insuffisamment canonique encore, il suppose une étude trop approfondie tant du droit romain, remis en honneur, que des sources diverses du droit en général, pour se rencontrer sous la plume de juges qui n'envisageaient que le cas concret et immédiat qui leur était soumis; toutefois, pour être moins techniques que l'expression inventée par Grégoire IX, les termes, dont font usage ses devanciers, n'en expriment pas moins très nettement l'idée, qu'une coutume contraire au droit est à supprimer, sauf exception. La variété des formules dont ils se servent ne fait même que mieux ressortir l'une des pensées fondamentales, sinon la pensée fondamentale, des hommes d'Église de la fin du XII^e siècle et du début du XIII^e, sur la question de la coutume dans ses rapports avec la loi, quelle que soit l'origine ou le nom de cette loi. Une nouvelle nécessité s'impose donc ici : celle de dresser la liste des textes multiples des Décrétales de Grégoire IX où la simple opposition de la coutume avec la loi suffit à la faire éliminer. Pour longue que soit cette liste, elle ne saurait être fastidieuse; car elle fera comme revivre, sous les yeux du lecteur, les mœurs tant des religieux et du clergé que des laïques, au cours du Moyen Âge. Successivement, la collation des bénéfices, la vie des religieux et des clercs, la façon dont se rendait la justice et dont s'administraient ou se recevaient les sacrements, vont apparaître sous leur plein jour, et parfois sous leur jour le plus fâcheux : le législateur en effet intervient plus souvent pour corriger que pour complimenter;

mais, par le fait même, les efforts accomplis par les souverains pontifes, pour maintenir la vérité et le bon ordre dans l'Église, ressortiront si vigoureux et si persévérants, qu'ils ne pourront qu'influencer heureusement tout esprit vraiment impartial.

En ce qui concerne la collation des bénéfices, la coutume selon laquelle, dans la province de Cantorbéry, les clercs occupent les églises et les bénéfices ecclésiastiques, sans le consentement de l'évêque du diocèse est condamnée *comme honteuse, énorme et de tous points contraire aux constitutions des saints Pères les plus anciennes en date* (1). — Est déclarée *contraire au droit* la coutume de l'église Saint-Pierre de Lucques où plusieurs prieurs se sont succédé sans être profès (2). — Est *corruptrice* la coutume de l'église de Massa qui fait élire ses pontifes par les laïques et les chanoines (3). — La pratique de dire à voix basse, au président de l'assemblée, le nom de deux candidats choisis par les divers électeurs, en vue de laisser au président de l'assemblée le choix définitif du prélat à élire, est à supprimer *comme portant atteinte à la liberté ecclésiastique* (4). — La coutume invoquée par l'évêque de Strasbourg, coutume qui tend à n'admettre parmi les chanoines que des prébendes illustres par leur origine ou par leur science, est rejetée par le Saint-Siège (5); de même, la coutume qu'une même personne jouisse de plusieurs prébendes dans la même église (6). — Est condamnée enfin *comme contraire aux constitutions des saints Pères, et sous prétexte de n'importe quelle coutume*, la pratique qu'un archidiacre confère une cure avec charge d'âmes sans mandat de l'évêque (7).

Voici maintenant plusieurs coutumes annulées, parce qu'elles portent atteinte tant à la discipline qu'à la dignité ecclésiastiques. — La coutume invoquée par les chanoines exempts de l'église Saint-Pierre-la-Cour du Mans, pour violer une sentence d'interdit général portée par l'évêque contre la ville, est condamnée *comme contraire à la discipline ecclésiastique* (8). — Est dite *corruptrice et contraire aux saints canons* la coutume invoquée par un abbé qui, sans autorisation de la cour romaine, avait quitté le monastère de Herford pour se rendre au monastère de Corbie, les deux monastères se trouvant sous la juridiction immédiate du souverain pontife (9). — En Angleterre, la coutume, en vertu de laquelle certains clercs prétendent abriter dans leurs maisons

(1) Cap. 3, Ex frequentibus, X, III, 7.

(2) Cap. 27, Quum causam, X, I, 6.

(3) Cap. 56, Massana, X, I, 6.

(4) Cap. 14, Quum terra, X, I, 6.

(5) Cap. 37, Venerabilis frater, X, III, 5.

(6) Cap. 9, Literas vestras, X, III, 8.

(7) Cap. 4, Quum satis, X, I, 23.

(8) Cap. 5, Quum inter vos, X, I, 4.

(9) Cap. 7, Quum venerabilis, X, I, 4.

leurs concubines, est déclarée *honteuse et détestable* (1). — La simonie était la grande plaie de l'Église au Moyen Âge; elle est flétrie comme elle le mérite. — Un évêque exige une somme d'argent pour installer un abbé de l'ordre de Cîteaux : sa pratique est comparée à *une sorte de rouille*; elle est éliminée, quoique prétendant s'appuyer sur la coutume (2). — Est condamnée comme *contraire à la loi de l'Évangile*, qui veut que celui qui sert à l'autel vive des revenus de l'autel, la coutume en vertu de laquelle les patrons de certaines églises prétendent s'adjuger une partie des revenus de la dîme (3). — Sont *proscrites*, tant la coutume de recevoir quelque somme d'argent pour le saint Chrême (4) que celle d'exiger quelque salaire pour rendre la justice (5), et encore celle de réclamer quelque offrande, soit pour faire entrer en religion, soit pour concéder des prieurés, soit pour instituer des prélats, soit pour donner la sépulture, soit pour conférer l'huile sainte et les sacrements en général, le sacrement de mariage en particulier (6). — Sont condamnées comme *honteuses* : d'abord, la coutume qu'ont les archidiaques de Cantorbéry d'exiger pour l'investiture des églises, ou une somme d'argent, ou une vache blanche (7); puis, celle de certains clercs qui achètent le droit de patronage sur les églises, afin d'en pourvoir leurs fils ou leurs neveux (8); et encore, celle d'un chapitre qui exigeait de ses nouveaux chanoines le prix d'un bon repas (9). — Tour à tour sont déclarées : *corruptrice*, la coutume même ancienne de recevoir quelque avantage pour la consécration des évêques, ou la bénédiction des abbés, ou les ordinations des clercs (10); *honteuse et corruptrice* la coutume de certains clercs qui, en France, empruntent de l'argent avec usure pour jouer (11); *énorme et contraire aux institutions des saints Pères*, la coutume de nommer des prêtres chefs d'églises, à condition qu'ils paieront un cens annuel (12); *honteuse, énorme, cupide et contraire à la beauté de l'honnêteté ecclésiastique*, la coutume de faire payer le titre de maître d'école (13); est présentée enfin comme *perverse et d'une abominable*

(1) Cap. 4, Sicut ad extirpanda, **X**, III, 2.

(2) Cap. 43, Ne Dei Ecclesiam, **X**, V, 3.

(3) Cap. 30, Exstirpandæ, **X**, V, 3.

(4) Cap. 16, Ea quæ, **X**, V, 3.

(5) Cap. 10, Quum ab omni, **X**, III, 1.

(6) Cap. 8, Non satis, **X**, V, 3.

(7) Cap. 36, In tantum, **X**, V, 3.

(8) Cap. 6, Quia clerici, **X**, III, 38.

(9) Cap. 44, Jacobus, **X**, V, 3.

(10) Cap. 39, Sicut pro certo, **X**, V, 3.

(11) Cap. 11, Inter dilectos, **X**, V, 31.

(12) Cap. 3, Quoniam enormis, **X**, V, 4.

(13) Cap. 3, Quanto Gallicana, **X**, V, 5 : « Hæc prava et enormis consuetudo a cupiditatis radice processerit et decorem admodum ecclesiasticæ honestatis confundat ».

corruption, la pratique qui, à Montpellier, exige un paiement en argent avant l'ouverture d'une fosse dans un cimetière (1). — Les citations qui précèdent dénoncent la simonie comme contraire à l'honneur de l'Église.

Les souverains pontifes ne veillent pas avec une moindre sollicitude à ce que la justice soit rendue avec sagesse. — La coutume, qui, en Angleterre, tend à refuser d'entendre, dans une cause matrimoniale, les témoins qui nient la consanguinité après ceux qui ont prouvé son existence, est condamnée comme *contraire au droit* (2); de même, la coutume qui, en Angleterre encore, dispense les clercs de prêter le serment *de calumnia* dans les causes de *fidéjussion* (3); de même aussi, la coutume qui exempte du serment *de calumnia* le débiteur qui, niant sa dette, laisse poursuivre la caution (4); de même enfin, la coutume qui prétend déferer le serment, quand les autres preuves ont été apportées et fournies (5). — Est dite *très répréhensible* la coutume de certains évêques et archidiacres qui frappent d'excommunication, sans monition préalable, ceux d'entre leurs sujets qu'ils croient disposés à interjeter appel contre leurs sentences (6). — Sont dénoncées comme *préjudicant aux saints canons*, tant la coutume royale qui veut que les clercs, qui se sont laissé aller à voler, soient jugés par des juges séculiers (7), que la pratique qui, dans l'examen des causes des clercs, tient compte des coutumes laïques, et non des prescriptions du droit canonique (8). — Alexandre III casse même une sentence rendue par un légat apostolique d'abord, et par l'évêque de Brescia ensuite, sentence rendue conformément à une coutume de la ville de Vérone que le pape déclare *contraire à la vérité ou à la loi* : le jugement rendu, conformément à la coutume, avait attribué la maison contestée à deux laïques, pour le motif que le représentant de l'église ne s'était pas présenté à l'ouverture des débats (9). — Le même souverain pontife prie l'évêque *Hermonensis* d'intervenir auprès de l'abbé de Saint-Rémi, pour qu'il n'exige pas du père d'un enfant qui, par inadvertance, avait blessé mortellement d'une flèche un autre enfant, les « cent sous d'or » réclamés selon la coutume du pays (10).

(1) Cap. 13, *Abolendæ consuetudinis*, X, III, 28.

(2) Cap. 26, *Series*, X, II, 20.

(3) Cap. 5, *Ceterum*, X, II, 7.

(4) Cap. 3, *Constitutis*, X, III, 22.

(5) Cap. 2, *Sicut consuetudo*, X, II, 19.

(6) Cap. 26, *Reprehensibilis*, X, II, 28.

(7) Cap. 8, *Clerici*, X, II, 1.

(8) Cap. 9, *Quod clericis*, X, II, 2.

(9) Cap. 8, *Quum causa*, X, II, 27.

(10) Cap. 2, *Referente nobis*, X, V, 23. — L'évêché de *Hermonensis* est vraisemblablement celui de *Hermiana* dans la Byzacène.

Les coutumes, même simplement contraires à l'équité, semblent donc suspectes aux souverains pontifes. A fortiori, les papes protestent-ils contre les coutumes qui tendent à battre en brèche les règles de la liturgie et la bonne administration des sacrements. — Sont désapprouvées comme *corruptrices*, tant la coutume de donner des représentations théâtrales dans les églises (1), que celle qui, dans la province de Braga, autorise de simples prêtres à réconcilier les temples chrétiens avec de l'eau bénite par un évêque (2). — De même, la coutume, générale en Espagne, que les archevêques se servent du pallium en dehors de leur province, est déclarée *abusive* (3), tout comme la coutume, qui existe en Suède, de mettre plus d'eau que de vin dans le calice, est dite *pernicieuse* (4). — La coutume de faire célébrer des messes de dévotion en l'honneur de la Sainte Trinité et de saint Michel, au lieu de dire la messe de la férie, est *répréhensible* (5), ainsi que la coutume qui prétend autoriser de simples prêtres à donner le sacrement de confirmation (6). — Mais, ce sont principalement les sacrements du mariage et de l'ordre, qui obligent les souverains pontifes à intervenir, pour rappeler les canons qui président à leur bonne administration. — La coutume de l'église de Modène autorise un homme à épouser une seconde femme, après avoir promis le mariage à une première; elle est condamnée comme *contraire à la loi ecclésiastique* (7). — La coutume de l'église de Rossano (8) valide le mariage entre parents consanguins du troisième au septième degré; elle est dite *corruptrice*. — Bien plus, Honorius III invite le maire de la Rochelle à ne plus tenir compte de deux coutumes locales : la première autorisait le mari à aliéner les biens meubles et immeubles de sa femme, et à laisser ainsi sa femme et ses enfants sans ressources lors de son décès; elle était donc un encouragement à la dilapidation des biens de la femme par le mari. La seconde conservait à la femme, qui avait trompé son mari, le droit de réclamer, en cas de séparation, la moitié des biens acquis par le mari; elle constituait une prime à l'inconduite de la femme. Ces deux coutumes sont *abusives et contraires au droit* (9), déclare le pape. — Quant au sacrement de l'ordre, trois abus, qui se sont introduits dans sa célébration, sont à réformer; d'abord,

(1) Cap. 12, Quum decorem, **X**, III, 1.

(2) Cap. 9, Aqua, **X**, III, 40.

(3) Cap. 5, Ex tuarum, **X**, I, 8.

(4) Cap. 13, Perniciosus valde, **X**, III, 41.

(5) Cap. 2, Quidam etiam, **X**, III, 41.

(6) Cap. 4, Quanto de benignitate, **X**, I, 4.

(7) Cap. 5, Tuas dudum, **X**, IV, 4.

(8) Cap. 5, Quod super his, **X**, IV, 14. — Rossano est un archevêché de l'Italie méridionale, province de Cosenza.

(9) Cap. 10, Ex parte, **X**, I, 1.

la coutume de certaines églises d'Écosse et du pays de Galles, qui promeuvent les clercs aux ordres sacrés en dehors des jours de jeûne des quatre-temps, par exemple, au cours de la dédicace, soit d'une église, soit d'un autel, est tout à fait désapprouvée comme *ennemie des institutions ecclésiastiques et détestable* (1), et, si cette coutume n'était si fréquente et si ancienne dans la région, on ne devrait pas permettre aux clercs ainsi ordonnés de remplir leurs fonctions; ensuite, la coutume au nom de laquelle un évêque se permet, en Irlande, de conférer les ordres, au cours de sa messe de consécration épiscopale, est dénoncée comme *attentatoire au privilège du pontife romain* qui, seul, peut donner les ordres au jour de sa consécration (2); enfin, la coutume que des clercs grecs soient ordonnés par des pontifes latins et, vice-versa, des clercs latins par des pontifes grecs, est condamnée comme *détestable et ennemie de la discipline ecclésiastique* : l'archevêque d'Otronte devra même examiner si le prêtre Jean, ordonné par un pontife étranger à son rite, devra ou non être réordonné; au cas où, en raison de l'ancienneté de la coutume et de sa fréquence en Calabre, l'archevêque ne jugerait pas sage de conférer à nouveau l'ordre de la prêtrise au clerc Jean, Célestin III s'oppose du moins à ce que ce cas fasse loi et constitue un exemple qu'on puisse invoquer dans l'avenir (3).

De tous ces textes une conclusion se dégage avec évidence : la coutume *contraire*, soit à la vérité et à l'équité, soit à la discipline et à la liberté de l'Eglise, soit au bon ordre de la société religieuse, ou encore, la coutume *contraire aux décrets des souverains pontifes, aux canons et aux lois de l'Eglise*, ou enfin et surtout, la coutume *contraire aux institutions des saints Pères*, cette coutume est de plein droit condamnée; selon les cas, elle est dite simplement *répréhensible*, ou *détestable*, ou *honteuse*, ou *pernicieuse*, ou *ennemie de la discipline*, ou *corruptrice*, mais, toujours et partout, elle est suspecte, parce que *opposée à ce que Grégoire IX a si judicieusement appelé le droit positif*, c'est-à-dire le droit qui a l'homme pour auteur, l'homme d'Eglise ou l'homme d'État. Grégoire IX a donc très heureusement résumé les décisions multiples de ses prédécesseurs, mais il n'a fait que les résumer, quand il a proclamé que, pour si réelle que soit l'autorité de la coutume même ancienne, elle ne peut autoriser la coutume à porter préjudice au droit positif.

Est-ce à dire que, en aucun cas, la coutume contraire aux dispositions des lois positives ne puisse recevoir droit de cité dans l'Eglise? Non certes. Un paragraphe précédent a montré avec abondance que le domaine d'application de la coutume s'étendait souvent à des cas déjà

(1) Cap. 2, Sane, X, I, 11.

(2) Cap. 28, Quod sicut, X, I, 6.

(3) Cap. 9, Quum secundum, X, I, 11.

envisagés par la loi, et parfois, non simplement pour corroborer la loi, mais bien pour la compléter, voire même, de temps à autre, pour la contredire. Bien plus, dans plusieurs des décrétales qui viennent d'être citées dans ce paragraphe même, les souverains pontifes, vaincus pour ainsi dire par la force de la pratique, tout en condamnant pour l'avenir de telles coutumes comme contraires à la loi, font de réelles concessions, pour le passé et pour le présent, en ce qui concerne cette même coutume contraire à la loi. C'est donc que la coutume peut vaincre la loi dans certaines conditions implicitement énoncées par les papes antérieurs à Grégoire IX et explicitement exprimées par ce dernier. Ces conditions déjà énumérées constituent les deux qualités positives de la coutume. — Le moment est venu de les étudier d'une façon moins incomplète, et toujours en serrant, d'aussi près que possible, le texte même, et le seul texte, des Décrétales de Grégoire IX.

B. — QUALITÉS POSITIVES DE LA COUTUME

La coutume doit être raisonnable et légitimement prescrite.

La coutume ne peut porter préjudice au droit, même simplement positif, que si elle est, en premier lieu, *raisonnable*, et, en second lieu, *légitimement prescrite*.

En premier lieu la coutume doit être raisonnable. Cette condition, sur laquelle le droit romain et les Pères de l'Église avaient déjà insisté, n'est pas, il est vrai, mentionnée en termes exprès dans les monuments de la législation ecclésiastique des douze premiers siècles, mais elle n'en est pas moins implicitement exigée par les divers souverains pontifes qui ont approuvé les coutumes tant conformes que contraires au droit. De plus, avant d'avoir été explicitement exigée par Grégoire IX, cette condition l'a été par Alexandre III d'une part, par Innocent III d'autre part, dans des circonstances qui méritent d'être rappelées. C'est, à coup sûr, plus d'autorités qu'il n'en faut, pour faire du caractère raisonnable, un des éléments essentiels de la validité juridique de la coutume dans le droit canonique,

C'est dans le III^e Concile de Latran de 1179, qu'Alexandre III, voulant réprimer l'abus qui existait dans certaines collectivités, où un petit nombre de frères s'opposait sans raison à la décision sage de la majorité, s'est prononcé avec sévérité contre les coutumes opposées à la raison « Nous décrétons présentement, déclare le souverain pontife, que, sauf le cas où la minorité aura objecté et démontré quelque chose de *raisonnable* (quocirca præsentī decreto statuimus ut nisi a paucioribus et inferioribus aliquid *rationabiliter* objectum fuerit et ostensum),

ce soit, ce qui a été décidé par la majeure partie et la plus saine partie du chapitre qui ait valeur et produise son effet. Et notre constitution ne sera pas privée d'effet, continue le pape, quand bien même quelqu'un viendrait à objecter qu'il est lié par serment à conserver la coutume de son église; car, ce ne sont pas des serments, mais plutôt des parjures, que les promesses qui vont contre l'utilité de l'Église et les institutions des Saints Pères. Si donc quelqu'un a eu la présomption de jurer qu'il observerait des coutumes de ce genre, à savoir des coutumes *qui ne s'appuient pas sur la raison et qui ne sont pas conformes aux saintes institutions (consuetudines quæ nec ratione juvantur nec sacris congruunt institutis)*, il devra s'abstenir de la réception du Corps du Christ jusqu'à ce qu'il ait fait une digne pénitence » (1).

Innocent III, lui, ne s'adresse pas à l'Église universelle; il s'adresse à l'évêque de Poitiers; mais sa décision, qui, par son insertion dans les Décrétales de Grégoire IX, a d'ailleurs acquis une valeur universelle, n'est pas moins suggestive. Il faut supprimer la coutume *moins raisonnable (minus rationabilis)* qui existe dans votre diocèse, écrit Innocent III le 12 des calendes du mois de mars 1199, et qui veut que, même dans les causes ecclésiastiques, on s'en rapporte, après les allégations et les discussions de l'une et l'autre partie, à l'avis des personnes présentes, lettrées ou illettrées, sages ou non sages, ou encore à l'avis d'une seule de ces personnes, l'avis donné étant adopté à l'avance comme sentence... A l'avenir, étant reconnu qu'une coutume qui s'oppose aux institutions canoniques ne doit être d'aucun effet, vous, évêque de Poitiers, vous prononcerez la sentence, dans les causes de vos sujets, après avoir instruit ces causes, *comme le réclame l'ordre de la raison, sicut ordo postulat rationis*, nous vous en concédons le pouvoir, nonobstant la coutume susmentionnée (2). — L'expression employée par Innocent III est claire; elle rappelle celle de Tertullien et de Constantin. Grégoire IX n'a donc fait que reproduire la donnée traditionnelle, et fondre en une même formule la donnée ecclésiastique et la donnée profane, en exigeant que, pour obtenir valeur juridique, toute coutume soit raisonnable.

En second lieu la coutume, pour avoir force de loi, doit être légitimement prescrite (3).

(1) Cap. 1, Quum in cunctis, X, III, 11.

(2) Cap. 3, Ad nostram audientiam, X, IV, 1.

(3) Dans les pages qui vont suivre les notions de coutume et de prescription seront sans cesse, sinon confondues, du moins enchevêtrées l'une dans l'autre de façon regrettable. Ce rapprochement entre la coutume et la prescription semble être une erreur des canonistes. Les juristes romains distinguaient nettement l'une de l'autre, les deux notions (cependant, en 211, dans une de ses constitutions, l'empereur Antonin déclarait que la coutume de longue durée devait être assimilée par le juge à une servitude : *is qui iudex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis*

Il n'en va pas pour la prescription comme pour la rationalité : l'expression *coutume légitimement prescrite* semble bien être en effet une création de Grégoire IX. Avant lui, les souverains pontifes, dont les Décrétales sont contenues dans la collection de Raymond de Pennafort, parlaient, soit de *pratique continue et fréquente*, soit de *prescription cen-*

obtinere sciel, I, Cod., de servitutibus et de aqua, III, 24). Mais les canonistes, eux, ont considéré la coutume, tantôt comme une *immunitas* contre la loi, tantôt comme une servitude imposée aux fidèles; de là leur tendance à appliquer à la coutume les règles établies pour les servitudes, lesquelles s'établissent surtout par prescription.

En vue de prévenir les difficultés qui pourraient surgir du fait du rapprochement constant des notions de coutume et de prescription, il importe de rappeler ici, d'une façon sommaire, les différences très caractéristiques qui existent entre la coutume et la prescription. — En premier lieu, la coutume est une source authentique du droit en général, au même titre que la loi; elle fait donc partie du droit public; la prescription, elle, n'est qu'un des multiples moyens par lesquels les particuliers perdent ou acquièrent différents droits; elle ne fait donc pas partie des sources du droit, mais appartient au droit privé. L'importance de la coutume est, dès lors, bien supérieure à celle de la prescription. — En second lieu, la coutume tend toujours à faire acquérir des droits; elle est essentiellement acquisitive; la prescription au contraire est essentiellement extinctive. — Sans doute, il faut distinguer avec le Code civil une double prescription : d'abord, la prescription libératoire ou extinctive qui libère d'une obligation en l'éteignant (art. 1234 du Code civil). Je suis débiteur d'une somme d'argent; pendant trente ans mon créancier néglige d'exercer contre moi aucune réclamation : je suis libéré; s'il me poursuit, il perdra son procès; — puis, la prescription acquisitive ou usucapion qui fait acquérir la propriété d'une chose (art. 712 du Code civil). Ainsi je m'empare d'un immeuble qui appartient à mon voisin et je le possède pendant trente années comme s'il m'appartenait; au bout de ce temps, le fait se transforme en droit : si le propriétaire réclame son bien, je peux lui opposer la prescription, et il succombe. — Mais il convient de bien remarquer que, même quand elle est acquisitive, la prescription suppose une extinction de droit; le nouveau propriétaire n'est établi dans son droit, d'une façon invincible, qu'au moment où l'ancien propriétaire a perdu le sien, et en raison même de cette perte. C'est l'extinction du droit de l'ancien propriétaire qui permet au nouveau de faire valoir son droit de propriété sur les ruines du premier. Il semble donc qu'on puisse, sans paradoxe aucun, soutenir que la prescription est toujours essentiellement extinctive, même quand elle apparaît comme acquisitive; car, elle n'est acquisitive pour l'un, que parce qu'elle est extinctive pour l'autre. — Historiquement parlant, c'est d'ailleurs sous forme extinctive et négative que s'est présentée la prescription. A l'origine, la *prescription de long temps*, *prescriptio longi temporis*, créée par le préteur, en vue de combler une lacune que présentait l'usucapion à Rome, n'était pas, comme l'usucapion elle-même (de *usu capere*, prendre par l'usage), un mode d'acquisition de la propriété; elle engendrait seulement, au profit de celui qui était en situation de l'invoquer, une exception contre l'action en revendication du propriétaire, et c'est, parce que cette exception figurait en tête de la formule d'action délivrée par le magistrat, qu'elle était *præscripta* et s'est appelée prescription. Quel'on considère donc la prescription, soit du point de vue juridique, soit du point de vue historique, elle suppose, avant tout, une extinction de droit : or, c'est le contraire qui se vérifie pour la coutume qui, elle, est, avant tout et essentiellement, acquisitive et a toujours revêtu une forme positive. — Enfin, et en troisième lieu, les conditions que doivent réaliser la coutume et la prescription diffèrent du tout au tout : la prescription libératoire est un

tenaire reposant sur la bonne foi ou un juste titre, soit aussi, de coutume longue de quarante ans et acquise dans l'espace du temps prescrit, soit encore, de renonciation à un droit par quarante ans de non-usage, renonciation autorisée par le législateur, soit même, de coutume immémoriale, soit enfin, de coutume pacifique. Mais Grégoire IX le premier, — et il est le seul pape à le faire dans les Décrétales publiées sous son nom, — a employé l'expression de *coutume légitimement prescrite*, et cela, en deux circonstances différentes : une première fois, en proposant une solution pour un cas concret; une seconde fois, en édictant un texte de loi. C'est ce qu'il faut prouver en justifiant, proposition par proposition, les affirmations contenues dans cet alinéa (1).

C'est, tout d'abord, l'abbé de Saint-Zénon de Vérone, qui invoque l'ancienneté d'une pratique qui a cinquante ans de date, pour soutenir que l'église Saint-Procul est sous sa dépendance, par concession d'un évêque; mais l'archiprêtre de Saint-Procul réfute l'argument d'ancienneté qui lui est opposé : l'ancienneté dans l'usage ou la prescription ne peut nuire à mon église, dit-il; car la partie adverse n'a prouvé par aucune raison que la soumission de l'église Saint-Procul à son égard a été *continue ou fréquente* : « *longævitas etiam temporis seu præscriptionem ecclesiæ suæ non posse nocere dicebat quia pars adversa nulla ratione probaverat subjectionem continuam vel frequentem* »; elle a simplement prouvé que l'abbaye de Saint-Zénon avait parfois commandé dans le passé à l'église Saint-Procul. Innocent III, consulté en 1198, ne se prononce pas, il est vrai, sur la validité ou la non validité de la pratique invoquée (les considérants cités plus haut font, en effet, partie

mode de libération résultant de l'inaction du créancier pendant le temps fixé par la loi; la prescription acquisitive un mode d'acquisition de la propriété, résultant de la possession légale prolongée pendant un certain temps. La coutume, elle, suppose des actes raisonnables accomplis, volontairement, pendant un certain laps de temps, par une collectivité qui agit avec l'intention de s'obliger. — Sur un seul point donc, la coutume se rapproche de la prescription : la coutume et la prescription exigent toutes deux un certain laps de temps pour pouvoir produire leur effet juridique. C'est ce laps de temps requis qui a amené le rapprochement malencontreux des deux notions, si distinctes cependant dans leur essence. En effet, les canonistes, ayant établi que la coutume ne pourrait devenir juridiquement valable qu'après une pratique continue de plusieurs années, ont fait choix du délai requis pour la prescription en général, et, en vue de simplifier l'énoncé de cette condition, ils ont tout bonnement décrété que la coutume devrait être prescrite, lisez : *devrait avoir la durée voulue pour qu'une prescription produise son effet*. C'est du choix de cette formule que sont nées tant de discussions longues, obscures et, somme toute, oiseuses.

(1) Pour être tout à fait exact, il convient cependant de faire remarquer que, dans le c. 3, *Quum ecclesia Sutrina*, Innocent III parle, dès l'année 1200, non pas, il est vrai, de coutume légitimement prescrite, mais d'un laps de temps qui n'a pas couru jusqu'à la prescription légitime, *propter brevitatem temporis usque ad præscriptionem legitimam non productis* (c. 3, *Quum ecclesia Sutrina*, X, 11, 12).

des *parles decisæ*, et non de la sentence prononcée); il se contente de résoudre le cas précis qui lui a été posé : « Par suite d'une sentence, dont il n'a pas été fait appel dans un délai de dix jours, une église peut se trouver soumise à un prélat inférieur à un évêque ou dépendre d'une autre église; l'archiprêtre de Saint-Procul devra donc désormais, déclare Innocent III, fidélité et obéissance à l'abbé de Saint-Zénon ». — Mais peu importe la sentence rendue; ce qui est à noter ce sont les considérants évoqués : à la fin du XII^e siècle, une pratique, longue d'une durée de cinquante ans, n'était reconnue, sans conteste, comme valide, que si elle était d'un usage tout à la fois continu et fréquent (1).

Mais voici Innocent III lui-même qui parle de prescription. Il déclare, en 1206, à l'archevêque de Pise qui, sous prétexte d'une coutume antique, s'était autorisé à recevoir le serment de fidélité du préfet de Massa, préfet qui était sous la dépendance de l'évêque de Rome, que la prescription invoquée ne peut valoir : car, dit-il, pour la prescription, en matière ecclésiastique, la bonne foi et le juste titre sont exigés, et, à supposer même que la prescription ait pu jouer, nous ne croyons pas, ajoute le pape, que la prescription *centenaire* ait pu être prouvée : or seule la *prescription centenaire* peut courir contre l'église de Rome : « in præscriptione rerum ecclesiasticarum bona fides et justus titulus exiguntur. Et si etiam locum potuisset habere præscriptio, non credimus, centenariam præscriptionem, quæ sola currit adversus romanam ecclesiam, posse probari » (2). — A l'argument tiré d'une coutume antique, Innocent III répond donc en parlant de prescription, de *prescription reposant sur un juste titre et la bonne foi, et de prescription centenaire*. La réponse est à enregistrer; elle tend à rapprocher l'une de l'autre les notions de coutume d'une part, de prescription de l'autre.

En une autre circonstance d'ailleurs, Innocent III reconnaît la validité d'une coutume qui a *quarante ans* d'existence. Il s'agit de l'élection de l'abbé du monastère de Saint-Silvain d'Auxi-le-Château; les moines d'Auxi ont, en vain, demandé à l'évêque de Théroutanne la confirmation de l'élu qu'ils ont choisi parmi eux. Cette confirmation ils la sollicitent donc du pape. Or les moines du monastère de Saint-Bertin représentent au souverain pontife que, selon la coutume *approuvée et les privilèges concédés par les pontifes romains*, les abbés d'Auxi-le-Château doivent toujours être choisis parmi les moines du cloître de Saint-Bertin; l'élection faite par les moines d'Auxi doit donc être cassée comme *s'opposant à une coutume ancienne et comme attentatoire au privilège du souverain pontife*, « utpote contra consuetudinem diuturnam et contra privilegium sedis apostolicæ attentata ». Le pape entend les dépositions des témoins :

(1) Cap. 13, Quum inter, X, II, 27.

(2) Cap. 17, Si diligenti, X, II, 26.

de ces dépositions il ressort que, depuis quarante ans et plus, les moines d'Auxi ont toujours élu pour abbé un moine de Saint-Bertin, au point que, *dans l'espace du temps prescrit*, sept moines de Saint-Bertin se sont succédé comme abbés d'Auxi. (Ce passage fait partie des *parles decisæ*: ita quod infra præscripti temporis spatium de prefato coenobio septem fuerunt in Aleiacenses Abbates assumpti.) En conséquence, Innocent III décrète que l'élection faite sera annulée et qu'elle sera refaite conformément au droit invoqué par les moines de Saint-Bertin. — Voici donc une coutume d'une durée de quarante ans qui est reconnue comme ayant force juridique, parce qu'elle a été acquise dans l'espace du temps prescrit (1).

Le même laps de quarante ans est encore invoqué comme nécessaire pour permettre à une renonciation à un droit de produire son effet juridique. Le cas est le suivant : les frères de l'hôpital Saint-Etienne de Jérusalem ne permettent pas que les dîmes dues à l'église de Veszprim soient payées à l'évêque. Le prieur du couvent invoque en sa faveur la prescription : ces biens, dit-il, lui ont été donnés par privilège du roi et de la mère de la reine de Hongrie. Cette donation aurait été, de plus, confirmée par les papes Clément et Lucius. L'évêque de Veszprim répond que la donation de dîmes faite par un roi ne peut valoir et que, conséquemment, la prescription ne peut courir que du jour de la confirmation donnée par le pape, confirmation qui, dans le cas présent, n'a pu supprimer le droit épiscopal à la dîme, parce qu'elle ne fait pas mention expresse de cette suppression. Le représentant des religieux hospitaliers réplique, au contraire, qu'il y a prescription de trente ans, puisque, depuis trente ans, l'évêque n'a plus touché la dîme sur les biens donnés. L'évêque, alors, répond qu'il faudrait une renonciation datant de *quarante ans* : car la prescription de trente ans ne vaut que dans les cas où il s'agit de privilèges. Finalement, Innocent III décrète que les Hospitaliers n'ont pas à percevoir la dîme, parce que les biens qui leur ont été donnés par le roi ne sont pas situés sur la paroisse Saint-Etienne (2). — La décision du pontife est peu importante en elle-même ; ce qui ici est à noter, c'est la mention que, selon le droit alors en vigueur, la prescription est de trente ans pour le privilège ; mais qu'une renonciation à un droit ne se prescrit que par quarante ans ; et encore, s'agit-il dans l'espèce d'une renonciation qui s'appuie sur une concession du législateur.

Par ailleurs, le même Innocent III, qui, décidément, semble passé maître dans la matière, parle de coutume dont l'origine dépasse la mémoire des hommes. Il interdit en effet au comte de Toulouse de prélever

(1) Cap. 25, Abbate, X, V, 40.

(2) Cap. 31, Dudum, X, III, 30.

sur ses sujets d'autres redevances que celles qui lui sont concédées, soit par les largesses des rois, soit par les décisions du concile de Latran, soit *par une coutume immémoriale, vel ex antiqua consuetudine a tempore cujus non exstat memoria introducta* (1).

En vérité, Innocent III paraît hésiter à déterminer, d'une façon fixe et uniforme, le nombre des années requises pour qu'une coutume acquière force de loi; néanmoins, c'est la prescription quarantenaire qui a ses préférences.

A Innocent III succède en 1216 Honorius III. A son tour, Honorius III saisit l'occasion de livrer sa pensée sur la question de la coutume, et cela, à propos d'une affaire de juridiction: l'archidiacre de Sens se plaint que l'abbé et le couvent de Saint-Pierre de Sens ne lui payent pas certaines redevances. L'abbé du monastère invoque la coutume. Honorius III demande à l'abbé Rolland du monastère de Montieramey, au diocèse de Troyes, de faire une enquête et d'imposer silence à l'archidiacre, à moins que, dans les trois mois, il n'ait été prouvé que le dit archidiacre ou ses prédécesseurs aient eu, jusqu'alors, quelque juridiction sur le monastère *en vertu d'une coutume introduite d'une manière pacifique*: « nisi vobis infra tres menses... constiterit... præfatum archidiaconum vel prædecessores ipsius *de pacifica sic obtenla consuetudine* jurisdictionem aliquam in ipso monasterio vel in hujusmodi abbatis hactenus habuisse, præfatum monasterium ab ejus impetitione penitus absolvatis » (2). — L'expression employée par Honorius III est peu compromettante; elle laisse ouverte la discussion déjà existante sur la durée, plus ou moins longue, qu'une pratique doit avoir pour acquérir force juridique.

Grégoire IX monte sur le siège de Saint-Pierre en 1227. Dès la seconde année de son pontificat, la question de la coutume est soumise à son jugement. — L'église de Côme est privée de pasteur : une élection a lieu. Y prennent part, les chanoines présents à Côme, puis trois abbés qui sont connus comme ayant droit de donner leur voix, enfin, les chapelains et les clercs de la ville qui affirment avoir droit de prendre part à l'élection. On procède à l'élection en déclarant que la voix de ceux qui n'avaient pas, soit par le droit, soit par la coutume, la faveur de pouvoir participer à l'élection, serait dépourvue d'effet. On procède au scrutin selon la forme imposée par le Concile général : 7 chanoines, 1 abbé, 11 chapelains et 9 clercs élisent l'archiprêtre de l'église. Par contre, 9 chanoines, 1 abbé, 1 chapelain et 11 clercs portent leur voix sur la personne de l'archidiacre. Comme il y avait pour voter 18 chanoines, 3 abbés, 20 clercs et 14 chapelains, ni l'un ni l'autre candidat

(1) Cap. 26, Super quibusdam, **X**, V, 40.

(2) Cap. 10, Dilecto filio, **X**, I, 23.

n'a obtenu la majorité requise. De plus, il n'est pas prouvé que les clercs devaient être admis, ni que les chapelains avaient cette faveur, soit par le droit, soit par la coutume; car, bien que les chapelains aient participé en fait aux élections des deux évêques précédents, il n'est pas démontré que leurs votes aient alors été recueillis, et qu'ils aient porté leurs voix sur quelque candidat. Mais, même si leurs votes avaient été recueillis, ou si eux-mêmes avaient porté leur choix sur l'un ou l'autre candidat, il n'en résulterait pas, par le fait même, qu'ils aient exercé en cela un pouvoir qu'ils tenaient, soit du droit, soit *d'une coutume déjà prescrite*. « Sed etsi inquisita fuissent vota vel ipsi aliquos eligissent, per hoc tamen non constitit, id eis de jure competere vel *ex consuetudine jam præscripta* ». Voilà l'expression nouvelle à souligner et à retenir. Et Grégoire IX décrète : les élections en question ont été faites contrairement à la forme prescrite par le Concile général; la collation, qui doit se faire en commun, après la publication du scrutin, a été omise; dès lors, du conseil de nos frères, nous prononçons par sentence que ces élections sont annulées, et nous privons les électeurs du pouvoir d'élire pour cette fois » (1). — La décision date du 12 des calendes d'avril 1228. Pour la première fois, il est question, dans le recueil officiel des Décrétales, *d'une coutume déjà prescrite*. Ce que les juristes romains avaient désigné par les expressions *coutume ancienne*, *diuturna*, *coutume invétérée*, *inveterata*, *coutume très vieille*, *longæva*; ce que les Pères de l'Église avaient appelé *coutume antique*, *coutume conforme à la tradition*, *vieille pratique*; ce que les prédécesseurs plus immédiats de Grégoire IX avaient nommé *pratique continue et fréquente*, *prescription ancienne*, *prescription légitime*, *prescription centenaire*, *coutume de quarante ans*, *renoncialion à un droit par non usage de plus de trente ans*, *coutume immémoriale* ou encore *coutume pacifique*, Grégoire IX l'appelle coutume prescrite.

Aussi bien, l'expression est-elle intentionnellement choisie. Car, ce n'est pas seulement dans le verdict prononcé relativement à la question de l'élection de l'évêque de Côme que le pape en fait usage; mais, c'est, encore et surtout, dans le chapitre *Quum tanto*, qui est, pourrait-on dire, la charte de la coutume ecclésiastique, que Grégoire IX l'emploie solennellement et la consacre définitivement : « la coutume ne pourra vaincre le droit même positif que si elle est raisonnable et *légitimement prescrite*. »

Quel sens précis Grégoire IX a-t-il voulu donner à cette expression si concise : *une coutume légitimement prescrite*? — Le créateur de la doctrine de la coutume dans le droit canonique a-t-il voulu simplement éviter d'entrer dans les discussions dès lors existantes, et qui exigeaient une durée, soit de trente, soit de quarante ans, soit parfois même de cent ans et plus, pour qu'une pratique puisse vaincre la loi, et, pour ne

(1) Cap, 4, Cumana Ecclesia, X, I, 6.

pas trancher, d'une façon prématurée, une question non encore suffisamment élucidée, a-t-il arrêté son choix sur une expression de nature à ne contredire personne? C'est douteux: — Ou bien, à l'opposé, a-t-il voulu faire de la prescription véritable une condition essentielle de la coutume contraire à la loi, de telle sorte que, à l'avenir, pour abroger une loi, une coutume eut dû vraiment réaliser désormais les conditions exigées pour qu'une prescription ait force juridique, à savoir un juste titre, la bonne foi et une durée de quarante ans ou même de cent ans, selon que la prescription court contre une église particulière ou contre l'église de Rome? C'est peu probable, encore que le mot « légitimement » adjoint à l'expression « coutume prescrite » puisse suggérer cette pensée, sinon la justifier: la prescription légitime ne serait-ce pas celle qui réalise toutes les conditions déterminées par la loi? — Ou bien, Grégoire IX n'a-t-il pas voulu plutôt, tout simplement, déclarer qu'une coutume contraire à la loi, — car, en toute hypothèse, il ne s'agit ici que de la coutume qui s'oppose au droit positif, — ne pourrait obtenir force juridique, que si elle jouissait de l'ancienneté requise, pour qu'un droit puisse être prescrit contre un tiers; donc, si elle jouissait d'une durée de quarante ans, la prescription en matière ecclésiastique étant de quarante ans, sauf le cas où elle court contre l'église de Rome, auquel cas elle est de cent ans? — Entre ces trois hypothèses il est impossible de se prononcer avec certitude; mais il semble cependant que ce soit la troisième hypothèse qui est la plus vraisemblable et, conséquemment la plus plausible; et alors, en ajoutant le mot « légitimement » à l'expression « coutume prescrite », Grégoire IX aurait simplement voulu réserver tous les droits possédés par l'Église (1). Toujours est-il que

(1) Dans un article des plus documenté et d'une richesse exceptionnelle en références bibliographiques, article paru, en 1918, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, le Dr Rudolf Köstler, professeur à Vienne, s'est efforcé de définir le sens précis de l'expression : « *Consuetudo legitime præscripta* ». — Après avoir rappelé la signification primitive des termes : *consuetudo*, *præscriptio*, *privilegium*, le professeur Köstler étudie, dans le détail, les textes des *Décrétales* dans lesquels Alexandre III, Innocent III, Honorius III, Grégoire IX et Boniface VIII, font usage des mots : *coutume prescrite*; puis, cette étude achevée, il croit pouvoir proposer les conclusions suivantes : c'est par la brèche de la prescription que la coutume contraire au droit a pu faire irruption dans la législation ecclésiastique, et, c'est en s'inspirant du droit d'exception créé par les privilèges (privilège personnel, privilège général, privilège local ou réel), que la coutume a pu, à son tour, déroger au droit commun. Mais, une fois parvenue à ce degré d'évolution, la coutume ne pouvait plus être confondue avec la prescription : car on ne prescrit que des droits subjectifs; or la coutume proprement dite constitue un droit objectif au même titre que la loi. Dès lors, tout en laissant subsister les privilèges pour les corporations ou communautés religieuses, on a réservé la prescription pour les droits proprement subjectifs et on a eu recours à l'expression hybride de « coutume légitimement et canoniquement prescrite, *consuetudo legitime et canonice præscripta* », pour signifier qu'un usage, par ailleurs raison-

l'expression créée par Grégoire IX, sans doute dans le dessein de simplifier la question controversée de la durée requise pour qu'une pratique obtienne force de loi, a uni ensemble, d'une façon malencontreuse, deux questions connexes, déjà trop facilement prises l'une pour l'autre, sinon confondues l'une avec l'autre : celle de la coutume d'une part, celle de la prescription d'autre part. De ce fait, juristes et canonistes vont discuter, à perte de vue, pendant sept longs siècles, pour savoir quelle a été la pensée profonde et personnelle de Grégoire IX sur la question si importante, mais si épineuse, de la durée dont doit jouir une coutume de fait avant d'être reconnue coutume de droit.

Une dernière question reste à étudier : celle de la preuve de la coutume dans les Décrétales de Grégoire IX.

nale, devait avoir quarante ans de durée pour pouvoir porter préjudice au droit humain ou positif. C'est cette exigence, et elle seule, que Grégoire IX aurait déjà eu en vue, déclare Köstler, en édictant la décrétale *Quum tanto*, et c'est cette exigence encore, et elle seule, que le nouveau Code rappelle en proclamant que la coutume doit être prescrite par quarante ans d'un usage continu (voir : *consuetudo legitime præscripta*, von Dr Rudolf Köstler, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, XXXIX Band, Kanonistische Abteilung VIII, Weimar, 1918. — Sur la même question : Hochstetter, *De præscriptione consuetudinis ad cap. ult.*, X, de consuetudine, Stuttgart, 1776).

CHAPITRE IV

COMMENT SE PROUVE LA COUTUME ?

Les Décrétales de Grégoire IX ne nous parlent que, d'une manière laconique, de la façon dont la coutume se prouvait dans l'Église au début du XIII^e siècle. Dans aucun chapitre la question de la preuve de la coutume n'est explicitement traitée, mais, dans de nombreux passages, il est fait nettement allusion, d'abord, à l'existence d'une preuve testimoniale dans le droit ecclésiastique du XIII^e siècle, puis, à des enquêtes faites auprès de témoins nombreux sur l'existence d'une coutume invoquée; enfin, une fois au moins, il est fait mention de la reconnaissance possible d'une coutume par un jugement contradictoirement rendu. C'est ce qui ressort de l'étude des textes contenus dans la collection de Raymond de Pennafort.

Tout d'abord, la preuve testimoniale était admise, d'une façon générale, par les canonistes et les juges ecclésiastiques du XIII^e siècle; cette preuve était même considérée avec faveur. D'une part, en effet, Alexandre III demande à l'évêque de Gênes de s'en rapporter à la *renommée du voisinage*, — donc d'établir une enquête minutieuse, — pour savoir si, oui ou non, il y a eu mariage véritable entre une femme de condition libre et un certain esclave qui ont cohabité pendant dix-huit ans : l'esclave prétendait qu'il avait réellement épousé la femme de condition libre; mais cette dernière protestait; tour à tour, le mari et la femme présentent leurs témoins (1). — D'autre part, Innocent III déclare, au doyen et au chancelier de l'Église de Londres, qu'une sentence peut être prouvée par témoins, encore que ces témoins ne puissent fournir aucun renseignement sur les motifs qui ont inspiré le juge (2). — Par ailleurs, Lucius III accorde à l'archevêque de Ravenne le droit de percevoir certaines sommes d'argent sur les monastères de sa province, parce que des témoins qualifiés, cités par lui, ont prouvé que la coutume de ses prédécesseurs était de prélever ces redevances comme l'y autorise le droit commun (3). — Enfin, Clément III, en vertu du droit écrit et

(1) Cap. 11, *Illud quoque*, X, II, 23.

(2) Cap. 16, *Sicut nobis*, X, II, 27.

(3) Cap. 14, *Sopitæ*, X, II, 39.

d'une coutume approuvée par les actes, oblige les témoins à rendre témoignage à la vérité en déposant dans les causes de consanguinité (1); et il déclare que les parents de l'un et l'autre sexe sont admis comme témoins du mariage ou de sa non-existence (2); en conséquence, il déclare nulle la coutume qui interdirait aux témoins de l'accusé de prouver la non-existence de la consanguinité, sous prétexte que les témoins du demandeur ont fait la preuve de cette consanguinité, (3). — Voilà certes des décisions qui montrent que la preuve testimoniale était d'un usage général dans le droit ecclésiastique de la fin du XII^e siècle.

Mais, comment se prouvait donc l'existence de la coutume? Deux chapitres des Décrétales sont particulièrement riches en renseignements sur ce sujet.

Le premier de ces chapitres relate une discussion qui a éclaté entre un archidiacre de Sens et un monastère de son archidiaconé. L'archidiacre se plaint que l'abbé et le couvent Saint-Pierre de Sens lui refusent, injustement, une redevance annuelle et certains autres droits. En présence de cette plainte, la cour de Rome donne ordre à l'abbé de Saint-Crépin et à ses collègues d'entendre la cause de l'archidiacre; mais, devant l'impossibilité d'arriver à une entente commune, les parties décident de porter l'affaire devant le pape lui-même. Or voici ce que décrète Honorius III: « l'abbé et l'archidiacre étant en notre présence, nous avons constaté que les coutumes qu'ils invoquaient, relativement à la juridiction des archidiacres, étaient diverses; par ailleurs, nous ne pouvons connaître, dans le cas particulier, quelle est la coutume en usage dans les abbayes de Sens qui appartiennent au monastère en question. Dès lors, dans l'impossibilité où nous sommes de mettre fin à la question controversée, nous vous ordonnons à vous, abbé de Montieramecy, du diocèse de Troyes, de régler l'affaire en suspens, et cela, du consentement même des parties. Vous chercherez donc, par l'intermédiaire des plus anciens chanoines de Sens, à connaître la vérité sur les points en litige, et, à moins que, dans l'espace de trois mois, à dater de la première citation faite, il ne soit prouvé devant vous, par les mêmes chanoines, que le dit archidiacre et ses prédécesseurs ont eu jusqu'ici, en raison *d'une coutume pacifiquement introduite*, une certaine juridiction sur le monastère et les abbayes de Saint-Pierre, vous délivrerez le monastère de la demande formulée contre lui, et vous imposerez silence perpétuel à l'archidiacre. Si, au contraire, il est prouvé par les dits chanoines que l'archidiacre ou ses prédécesseurs ont eu jusqu'ici, en vertu d'une coutume bien acquise, une certaine juridiction sur le

(1) Cap. 6, Ceterum, X, II, 21.

(2) Cap. 3, Videtur nobis, X, IV, 18.

(3) Cap. 26, Series, X, II, 20.

monastère et les autres abbayes de Saint-Pierre, vous accorderez à l'archidiacre la juridiction même, — et celle-là seulement, — que lui ou ses prédécesseurs ont exercée sur le monastère ou sur les abbayes, et vous imposerez silence à l'archidiacre sur ses autres exigences » (1) : — Voilà, à coup sûr, une enquête minutieusement décrite et qui repose, tout entière, sur le recours à la preuve testimoniale.

Le second chapitre des Décrétales, auquel il a été fait allusion plus haut, comme contenant des renseignements particulièrement intéressants sur la preuve de la coutume, permet d'assister à l'élection d'un pasteur de l'église de Sutri. Les chanoines et les clercs de l'église cathédrale de Sutri ont élu le nouveau pasteur de cette église, et ils demandent confirmation pour leur élu. Or, les clercs des églises conventuelles de Sutri font appel à Rome et postulent l'annulation de l'élection faite, parce que, disent-ils, ils n'ont pas été convoqués pour prendre part à l'élection, en dépit de leur réclamation, alors que, dans les élections précédentes, eux et leurs prédécesseurs avaient coutume d'intervenir. Nous avons donc constitué nos représentants, déclare Innocent III : ceux-ci ont entendu les témoins de l'une et l'autre partie; et les dépositions de ces témoins ont ensuite été publiées. D'une part, les chanoines ont affirmé par témoins que l'élection les regardait eux seuls, et ils ont ajouté que ces témoins, produits par eux, suffisaient à prouver leur dire; d'autre part, les clercs des églises conventuelles ont de même affirmé qu'ils avaient pleinement prouvé, tant par les attestations des témoins produits par eux que par leurs propres assertions, qu'ils avaient pris part, de concert avec les chanoines de l'église cathédrale, à l'élection des trois derniers évêques promus et qu'ils avaient eu voix avec les chanoines pour élire l'évêque. Nous avons donc examiné attentivement les allégations et les preuves fournies par les parties. Or il nous apparaît facilement que « *les témoins des chanoines ont varié sur les témoignages apportés et qu'ils ont hésité sur la valeur de leurs attestations* » (*quoniam liquido deprehendimus testes vestros in perhibendis testimoniis varios exstitisse atque adversus fidem attestationis suæ coram dictis auditoribus vacillasse*)»; les auditeurs délégués par nous, en présence de qui ces témoignages ont été fournis, nous l'ont affirmé. La partie adverse, au contraire, — celle des clercs des églises conventuelles, — a fait la pleine preuve par témoins, que, dans les élections des trois derniers évêques, les clercs avaient été présents et avaient donné leur voix. Dès lors, conclut Innocent III, nous avons décrété que l'élection, faite en dépit de la protestation des clercs non appelés, devait être annulée; car ces clercs étaient en quasi-possession du droit d'élire avant que la controverse fût soulevée. Néanmoins, — et voici une restriction

(1) Cap. 10, *Dilecto filio*, X, I, 23.

importante et sagement motivée, — comme, en premier lieu, dans toute question portée devant un tribunal, tout le droit de l'une et l'autre partie est déduit en jugement, puisque, de par le droit civil, cela vient en jugement, non seulement qu'on a convenu d'y apporter, mais aussi tout ce qui touche à la question, sauf si on a spécifié à l'avance que le jugement ne porterait pas sur tel ou tel point; comme, en second lieu, selon les statuts canoniques, les élections des évêques n'appartiennent qu'aux clercs des seules églises cathédrales, à moins que, *par coutume spéciale, il n'ait été établi autre chose*, « nisi forte alibi secus obtineat de consuetudine speciali »; comme, en troisième lieu, *bien que les clercs des églises conventuelles aient prouvé qu'ils ont, par trois fois, pris part à l'élection des évêques de Sutri, ils n'ont cependant pu acquérir le droit d'élire les évêques, en raison du peu de temps qu'a duré l'exercice de ce droit, de telle sorte que ce droit n'a pu être légitimement prescrit par eux*. « nec ex eo quod clerici antedicti se intereligentes Sutrinus episcopos probaverunt tertio exstitisse, jus eligendi propter brevitatem temporis usque ad præscriptionem legitimam non producti sibi acquirere potuerunt »; comme enfin, et en quatrième lieu, les clercs demandeurs, n'ayant pas fait la preuve de leur droit de participer à l'élection des évêques de Sutri, c'est la partie citée qui gagne le procès, encore qu'elle n'ait rien prouvé; nous délivrons le chapitre de la cathédrale de Sutri de l'attaque dirigée contre lui par les clercs des églises conventuelles, relativement aux élections à faire dans l'avenir, et nous imposons silence perpétuel à ces clercs en ce qui regarde leur prétendu droit d'électeur (1). — A coup sûr, une telle sentence, si juste et si fortement motivée qu'elle soit, était pour le moins inattendue.

De ce chapitre et du précédent, extraits de la collection de Raymond de Pennafort, il résulte donc avec évidence, d'abord, que la preuve, aussi bien de l'existence que des qualités de la coutume invoquée, se faisait par témoins; puis, que cette preuve testimoniale était l'objet d'un examen scrupuleux, portant, non seulement sur la personne des témoins, mais aussi sur la nature de leurs dépositions et la façon dont elles avaient été faites : les témoins venaient-ils à hésiter, à fortiori modifiaient-ils leur assertion, c'en était fait; ils devenaient suspects. Ces deux chapitres, il est vrai, — et il semble qu'il en est de même des autres chapitres, contenus dans les Décrétales de Grégoire IX, — ne contiennent aucun renseignement, ni sur le nombre des témoins requis, ni sur la façon dont se faisaient les dépositions, ni même, — d'une façon explicite du moins. — sur le point important de savoir à qui incombait la charge de prouver la coutume invoquée; pour tous ces détails, il est probable que les procédés en usage devant les juges civils avaient force de loi devant les

(1) Cap. 3, Quum Ecclesia, X, II, 12.

juges ecclésiastiques (1) ; mais, tels qu'ils sont rédigés, ces deux chapitres permettent de conclure avec certitude que la preuve de l'existence de la coutume et de ses qualités se faisait par témoins.

Cette preuve testimoniale était-elle la seule admise ? Il semble qu'on doive répondre non, et cela, toujours en s'appuyant sur les seuls textes contenus dans les Décrétales de Grégoire IX. En effet, cette collection officielle donne à entendre, une fois au moins, que la preuve d'une coutume pouvait se faire, en invoquant l'existence d'un jugement contradictoire rendu en faveur de cette coutume. C'est dans la décrétale adressée par Innocent III à l'évêque et au grand chantre d'Arras, à propos du droit que les moines de Saint-Bertin prétendaient avoir sur le monastère d'Auxi-le-château, qu'il est fait allusion au fait que la preuve de la coutume pouvait être fournie en s'appuyant sur une sentence judiciaire antérieurement rendue. La cause du litige est déjà connue : les moines d'Auxi-le-château ont élu un abbé qu'ils ont choisi parmi eux ; ils demandent confirmation de cette élection au souverain pontife. A l'opposé, les moines de Saint-Bertin postulent l'annulation de cette élection *en raison d'une coutume approuvée et des privilèges accordés par les pontifes romains*, « secundum approbatam consuetudinem et privilegia romanorum Pontificum ». Les témoins des deux parties font leurs dépositions : les moines de Saint-Bertin prouvent que, depuis quarante ans et plus, les moines d'Auxi ont toujours élu pour abbé un moine de Saint-Bertin, à tel point que, dans l'espace du temps prescrit, sept moines de Saint-Bertin ont été élus comme abbés d'Auxi. Une fois même, comme les moines d'Auxi avaient élu pour abbé un d'entre eux, nommé Guarinus, cette élection n'a pu produire son effet, qu'après que Guarinus eût fait profession dans le monastère de Saint-Bertin, et qu'il eût plu aux moines de Saint-Bertin de reconnaître le profès, après un certain laps de temps, comme abbé d'Auxi-le-château. Néanmoins, à l'encontre de ces arguments solides, les moines d'Auxi font valoir deux objections : 1° C'est librement et de plein gré, non par nécessité, que les moines d'Auxi ont choisi, dans l'espace du temps prescrit, leur abbé parmi les moines de Saint-Bertin. 2° De même, on ne peut pas dire que, par le fait de ces diverses élections, — l'expression est à retenir, — *quelque coutume ait été introduite comme par un jugement contradictoire* ; « sed dici non poterat quod ex eo consuetudo aliqua quasi contradictio iudicio fuerit introducta », puisque tous reconnaissent que, dans l'élection du moine Guarinus, on a procédé extra-judiciaire-

(1) Pour plus amples renseignements voir : Pissard (Hippolyte). *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice dans l'ancien Droit français et dans le système romano-canonique*, Paris, 1910, in-8°. — Chénon (E.) : *Histoire générale du Droit français public et privé*. — T. I^{er} : n° 195 : de la preuve en justice de la coutume ; les enquêtes par turbes. — Société du *Recueil Sirey*, 1 vol. in-8°, 1926.

ment pour le bien de la paix (1). — On sait la sentence rendue par Innocent III : elle reconnaît le bon droit des moines de Saint-Bertin en raison de la coutume approuvée et ancienne. Peu importe d'ailleurs la sentence rendue; ce qui intéresse ici, c'est de constater que, dans une discussion où la valeur juridique d'une coutume est mise en cause, l'une des parties objecte que la coutume invoquée *n'a pas été introduite comme par un jugement contradictoire* et, conséquemment, met en doute la valeur de cette coutume extra-judiciaire. Une telle objection suscite dans l'esprit deux questions : 1^o la coutume pouvait-elle se prouver en recourant simplement à une sentence rendue par jugement contradictoire? — 2^o la preuve par témoins de l'existence de la coutume n'était-elle pleinement faite que si elle s'appuyait sur un jugement contradictoire rendu antérieurement? La réponse à ces deux questions n'est pas fournie d'une façon péremptoire par les textes mêmes des Décrétales de Grégoire IX; mais il suffit que ces questions soient soulevées par l'étude de ces Décrétales, pour que l'on puisse légitimement conclure que, au XIII^e siècle, plus encore qu'au cours des neuf siècles précédents, la formule du droit romain, qui exigeait une sentence favorable rendue par jugement contradictoire, pour donner force juridique à une coutume, restait en honneur dans la question de la preuve de la coutume.

En résumé, on peut dire que, selon le droit des Décrétales de Grégoire IX, la preuve de la coutume se faisait par témoins, appuyée ou non appuyée sur un jugement rendu contradictoirement.

Conclusion de la troisième partie.

Le moment est venu de porter un jugement d'ensemble sur l'enseignement contenu dans les Décrétales de Grégoire IX par rapport à la question de la coutume dans le droit ecclésiastique. Ce jugement peut s'énoncer de la manière suivante : 1^o Les Décrétales renferment une doctrine vraiment digne de ce nom sur la coutume; 2^o cette doctrine, elles la présentent sous forme concrète; 3^o telle qu'elle est exposée, cette doctrine reproduit et unifie, tant les opinions des écrivains ecclésiastiques des douze premiers siècles, que les prescriptions du droit romain codifié par Justinien; 4^o enfin cette doctrine, quoiqu'incomplète, est néanmoins suffisamment développée, pour que d'elle se dégage, sans tarder, une théorie proprement dite de la coutume dans le droit canonique.

1^o Tout d'abord, les Décrétales renferment une doctrine vraiment digne de ce nom sur la coutume. Autant l'effort tenté par Gratien, pour mettre en harmonie les diverses opinions émises sur cette question durant les douze premiers siècles, est demeuré par lui-même peu efficace,

(1) Cap. 25, Abbate, **X**, V, 40.

autant l'initiative de Grégoire IX, rendue possible par les commentaires multiples dus à la publication du Décret, a heureusement abouti. Dès l'année 1230, le domaine d'application de la coutume apparaît nettement délimité; la valeur de ce droit, quelque peu incertain, est désormais juridiquement reconnue; les conditions de validité de toute coutume véritable sont, dès lors, brièvement, mais certainement définies.

2^o Les Décrétales, il est vrai, ne dogmatisent pas; elles ne présentent pas un traité didactique sur la coutume, pas plus d'ailleurs que sur aucune autre matière; le titre IV du premier livre qui est intitulé « De la coutume, *De consuetudine* » est loin de contenir, en lui seul, toutes les riches notions parsemées, çà et là, dans tout le cours de la précieuse collection de Raymond de Pennafort sur ce sujet. C'est en effet sous forme concrète, et non par déduction, que les Décrétales procèdent pour transmettre l'enseignement traditionnel de l'Église; de là, à quelques exceptions près, — et le chapitre *Quum tanto* est une de ces exceptions, — l'absence de termes techniques et l'exclusion de développements abstraits; l'enseignement des Décrétales est, avant tout et essentiellement, vivant; il se dégage des faits, et il est donné à raison de questions précises, soumises au jugement de l'autorité supérieure; aussi, est-ce souvent au juriste qu'il appartient de tirer la conclusion vraiment intéressante au point de vue doctrinal, et la lecture des Décrétales ne présente-t-elle pas les difficultés propres aux traités plus savants et réservés aux seuls initiés.

3^o Sur la question particulière de la coutume, les Décrétales reproduisent et unifient, tant les opinions des écrivains ecclésiastiques des douze premiers siècles, que les prescriptions du droit romain codifié par Justinien. Au droit romain, les souverains pontifes de la fin du XII^e siècle et du début du XIII^e siècle ont emprunté, d'abord la définition de la coutume, puis la notion du caractère raisonnable que toute pratique coutumière doit posséder, la notion générale de la prescription aussi, enfin l'idée du jugement contradictoire servant de preuve à la coutume. — A l'opinion courante, produit des douze premiers siècles de la pensée chrétienne, les souverains pontifes, auteurs des Décrétales, doivent leur juste méfiance pour un droit qui, venant originairement du peuple, pourrait facilement battre en brèche les institutions du Christ et de l'Église; mais ils doivent aussi au même courant d'opinion d'avoir pu déterminer les droits réels de la coutume en délimitant son champ d'action : d'abord, la coutume a force de loi quand elle respecte les données de la tradition et les droits intangibles de la vérité; ensuite, la coutume, une fois approuvée par le législateur. (1), constitue un droit

(1) Il importe de faire remarquer que, dès la fin du XI^e siècle et dès le début du XIII^e, une expression nouvelle apparaît dans les diverses décrétales, celle de *coutume*

aussi respectable que la loi écrite; enfin, pour vaincre la loi, la coutume doit être non seulement prescrite, mais encore *légitimement prescrite*, c'est-à-dire qu'elle doit avoir quarante ans d'existence; car c'est seulement par quarante ans qu'on prescrit contre les divers droits de l'Église, en raison du respect particulier dû à ces droits. — Finalement les Décrétales se montrent assez favorables au développement de la coutume; elles lui laissent un champ d'action très vaste.

approuvée, consuetudo approbata. — Célestin III (1191-1198) déclare que, en vertu d'une coutume ancienne et approuvée, ex antiqua et approbata consuetudine (cap. 6, Ea noscitur, **X**, III, 10), il pourrait se faire qu'un prélat pourvoie aux bénéfices sans avoir obtenu le consentement du chapitre ou de sa majeure partie. — Quant à Innocent III, il fait un usage fréquent de cette expression; il mentionne, en 1202, la coutume approuvée, juxta consuetudinem approbatam (cap. 4, Dilecti, **X**, I, 43), selon laquelle, en France, les femmes de mérite exercent leur autorité sur leurs sujets; il reconnaît, en 1205, aux suffragants de la province de Gran, le droit d'élire l'archevêque de concert avec les chanoines de l'église cathédrale, si leur assentiment est vraiment requis en raison d'une coutume ancienne et approuvée, requisito suffraganeorum assensu, si esset de antiqua et approbata consuetudine requirendus (cap. 4, Bonæ memoriæ, **X**, I, 5); en 1208, il ordonne à l'évêque d'Ely de conférer au grand chantre de l'église de Londres la dignité dont les grands chantes jouissent dans les églises voisines, mais en sauvegardant les coutumes raisonnables et approuvées de l'église de Londres, rationabilibus et approbatis consuetudinibus ecclesiæ salvis (cap. 6, Quum olim, **X**, I, 4); en 1209, sous son pontificat, le procureur du monastère de Saint-Bertin invoque la coutume approuvée et les privilèges concédés par les pontifes romains, secundum approbatam consuetudinem et privilegia romanorum Pontificum (cap. 25, Abbate, **X**, V, 40) pour établir la preuve que c'est bien, parmi les moines de Saint-Bertin, que doit être choisi l'abbé du monastère d'Auxi-le-Château. — On peut donc soutenir sans crainte d'erreur que, dès le règne d'Innocent III, l'expression *coutume approuvée* était d'un usage courant. Mais que signifiait au juste cette expression? Il est difficile de le dire avec certitude. De quelle approbation prétendait-elle se réclamer? De l'approbation du temps ou de l'approbation de l'autorité? — On pourrait soutenir que c'est de l'approbation du temps, d'abord, parce que longtemps on a parlé de *coutume approuvée par les actes*, approbata actibus utentium (cap. 6, Ceterum, **X**, II, 21, Clément III, 1187-1191) et de *constitutions observées pendant un long temps et que l'usage d'une coutume approuvée a maintenues*, constitutiones quas diuturnitas temporis... observavit et usus consuetudinis hactenus approbatæ retinuit (cap. 2, Ex literis, **X**, I, 4, Innocent III en 1198); puis, parce que l'expression *coutume approuvée* est souvent accompagnée du terme antique: *coutume antique et approuvée*, antiqua et approbata consuetudo (cap. 4, Bonæ memoriæ, **X**, I, 5; et cap. 6, Ea noscitur, **X**, III, 10); enfin, parce que la prescription n'est autre chose qu'une concession faite en raison du laps de temps écoulé. — Néanmoins, ce n'est pas sans raisons sérieuses qu'on pourrait aussi affirmer que l'expression *coutume approuvée* peut s'entendre dans le sens de *coutume approuvée par l'autorité*: car, d'une part, c'est la signification naturelle de l'expression, celle qu'on est porté à lui donner si on ne cherche pas à discerner l'origine et la genèse du terme; et, d'autre part, c'est le sens qui s'impose dans le cas envisagé par la décrétale Abbate de Innocent III (cap. 25, Abbate, **X**, V, 40): c'est parmi les moines de Saint-Bertin que l'abbé d'Auxi-le-Château doit être choisi; selon la coutume approuvée et les privilèges concédés par les pontifes romains, secundum approbatam consuetudinem et privilegia romanorum Pontificum. — Peut-être pourrait-on

4^o Ce n'est pas cependant que la doctrine, que renferment les Décrétales sur la coutume, soit complète; sur de nombreux points les Décrétales restent muettes ou imprécises; d'une part, elles supposent connu ce qui était d'un usage général au début du XIII^e siècle; d'autre part, elles ignorent tant les discussions juridiques que les subtilités des théoriciens; cela tient au caractère même de la codification entreprise par Raymond de Pennafort; le secrétaire de Grégoire IX avait reçu l'ordre de publier une œuvre vivante, en favorisant le développement harmonieux de la doctrine et de la discipline de l'Église, et non celui de faire de la science pour la science.

Telles qu'elles se présentent, les Décrétales constituent donc une œuvre de transition par rapport à la question de la coutume. Beaucoup plus que le Décret de Gratien, elles unifient les opinions diverses, et parfois contradictoires, émises au cours des douze premiers siècles; mais, si elles contiennent une doctrine de la coutume, cette doctrine n'est encore, ni exposée, ni défendue, comme une théorie; seuls les principes, qui serviront de base à la théorie, sont émis; mais cette théorie, il reste à la définir en termes précis d'abord, à l'ériger ensuite en système vraiment scientifique, à la christianiser enfin; c'est à quoi vont s'appliquer, durant la seconde partie du XIII^e siècle et durant les six siècles qui suivront, d'une part, les décrétalistes et glossateurs précédés dans cette voie par les civilistes; d'autre part, les canonistes, les théologiens et les souverains pontifes. La théorie de la coutume dans le droit canonique ne sera officiellement reconnue que par le nouveau Code publié en 1917.

Il importe d'assister à la formation et à l'édification de la théorie de la coutume dans le droit canonique, de l'an 1250 à l'an 1900 environ. Il restera ensuite à énoncer les solutions apportées sur la question par Benoît XV.

soutenir, avec assez de vraisemblance, que les deux sens possibles de l'expression découlent l'un de l'autre : primitivement, la coutume approuvée était celle qui avait reçu du temps, par l'usage, une véritable consécration; puis, dans la suite, la coutume approuvée serait devenue celle qui recevait une approbation authentique de l'autorité, soit en raison de sa longue durée, soit en raison de son utilité ou de sa rationalité. L'expression serait passée ainsi, insensiblement, de son sens primitif à son sens dérivé; et ce serait le sens dérivé qui aurait fini par prévaloir, de telle sorte que, dès 1230, l'approbation de la coutume par l'autorité se trouverait être exigée comme condition de validité obligatoire pour toute pratique tendant à devenir coutume de droit. Dès lors, en requérant de toute coutume qu'elle soit raisonnable, Grégoire IX aurait entendu dire, entre autres choses, qu'elle devait être approuvée, d'une façon ou d'une autre, par l'autorité; et la doctrine aurait ainsi *christianisé* la coutume, bien avant que la théorie n'ait songé à le faire en introduisant le consentement du souverain parmi les éléments essentiels à la validité juridique de toute coutume.

QUATRIÈME PARTIE

LA THÉORIE DE LA COUTUME DEPUIS LA SECONDE MOITIÉ DU XIII^e SIÈCLE JUSQU'AU DÉBUT DU XX^e SIÈCLE

LA THÉORIE S'EFFORCE DE JUSTIFIER
L'ENSEIGNEMENT QUI DÉCOULE DE LA DOCTRINE
ET DE LA COMPLÉTER

L'ordre chronologique, suivi jusqu'ici, est celui qu'il convient encore d'adopter, pour rendre compte des progrès successifs, réalisés lentement par la théorie de la coutume. Siècle par siècle, vont donc surgir les traités des principaux juristes, canonistes et théologiens, en même temps que les décrétales des souverains pontifes et les décisions des Conciles. Toutefois, pour éviter les redites multiples, dans lesquelles se sont comme complu les divers auteurs, il sera bon de ne consigner que les seules initiatives qui ont permis à la théorie de la coutume de se former, de se fixer et de se christianiser (1).

(1) Un grand nombre de juristes, canonistes et théologiens vont être invoqués dans les chapitres suivants; d'où l'opportunité d'une courte notice biographique sur chacun des auteurs cités. Pour établir cette notice biographique, on a eu recours, le plus souvent, à l'un des savants ouvrages dont les titres suivent : Phillips, *Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, traduit par l'abbé Crouzet, 3 vol. in-8°, Paris, Jacques Lecoffre et C^{ie}, 1850, et, *Du Droit ecclésiastique dans ses sources*, traduit par l'abbé Crouzet, 1 vol. in-8°, Paris, Jacques Lecoffre et C^{ie}, 1852; — Maassen (Frédéric), *Geschichte der Quellen und der Litteratur des Canonischen Rechts in Abenlande bis zum Ausgange des Mittelalters*, 1 vol., Gratz, 1870; — Schulte (Jean-Frédéric von), *Die Geschichte der Quellen und Litteratur des Canonischen Rechts von Galian bis auf die Gegenwart*, 3 vol., in-8°, Stuttgart, 1877-1880; — Franklin (Alfred), *Dictionnaire des noms, surnoms et pseudonymes latins de l'histoire littéraire du Moyen Age de 1100 à 1530*, 1 vol. in-8°, Paris, Firmin Didot, 1875; — Tardif (Adolphe), *Histoire des sources du Droit canonique*, 1 vol. in-8°, Paris, Picard, 1887, et, *Histoire des sources du Droit français, origines romaines*, 1 vol. in-8°, Paris, Picard, 1890; — Hurter, *Nomenclator literarius theologiae catholicae*, 5 vol. in-8°, Eniponte, 1905-1912.

CHAPITRE PREMIER

LA THÉORIE DE LA COUTUME DE L'AN 1230 A L'AN 1300

Élaboration de la théorie.

Azon (mort vers 1230). — Accurse (1182-1260). — *Bernard de Parme* ou *Bottoni* (mort vers 1265). — *Henri de Suze* ou *Hostiensis* (mort vers 1271). — *Saint Thomas d'Aquin* (1225-1274). — *Guillaume Durand* (1237-1296). — *Boniface VIII* (1294-1303).

La période si brève, qui s'étend de 1230 à 1300, est la plus décisive pour la formation de la théorie de la coutume dans le droit de l'Eglise. Cette période n'est pas seulement celle où le droit canonique se constitue à part du droit civil et à l'aide du droit romain; elle est encore l'âge d'or de ce même droit canonique. Bernard de Parme et Henri de Suze atteignent, du premier coup, à une perfection rare pour des initiateurs; ils sont, il est vrai, aidés dans leur tâche par les grands civilistes Azon et Accurse, les célèbres professeurs de droit romain à l'Université de Bologne; mais enfin, ce sont eux qui créent le droit canon et édifient la théorie que les douze siècles précédents ne sont pas même parvenus à définir en termes précis. C'est ce qui ressortira d'une étude consciencieuse des textes.

Les affirmations d'Azon et d'Accurse serviront de point de départ et permettront de constater, une fois de plus, que le droit civil du ^{xiii}e siècle, qui n'est qu'un rajeunissement du droit romain codifié par Justinien, a grandement inspiré le droit ecclésiastique; puis, à la suite des textes d'Azon et d'Accurse, ceux de Bernard de Parme, appelé aussi Bottoni, et de Henri de Suze, plus connu sous le nom de Hostiensis, parce qu'il devint évêque d'Ostie après avoir enseigné le droit canonique à Bologne, montreront comment et pourquoi la seconde moitié du ^{xiii}e siècle peut être considérée, à juste titre, comme la période de la formation de la théorie de la coutume dans le droit canonique; enfin, les affirmations de Guillaume Durand et de saint Thomas d'Aquin achèveront d'établir cette même conviction, tandis que les principales senten-

res rendues par les souverains pontifes et contenues dans le *Sexle* manifesteront avec évidence la ressemblance des décrétales de la fin du XIII^e siècle avec celles des siècles précédents : la doctrine reste identique, tandis que la théorie s'élabore et se définit.

C'est dans sa *Summa sur le VIII^e livre du Code de Justinien* qu'Azon (1) étudie la question de la coutume (2).

* [Qu'est-ce que la coutume?]

La coutume est en vérité le droit non écrit, introduit par les manières de faire du peuple, manières de faire longtemps mises en pratique : C'est ce que disent les *Institutes* au livre premier, titre second, « de jure naturali », § Constat. Le mot coutume signifie habitude commune, et on dit encore dans un autre sens que la coutume est une seconde nature. Qu'est-ce donc qu'une longue coutume? Quoi que ce soit là la rubrique d'un des titres du Code de Justinien (Code, VIII, 52), néanmoins les lois placées sous ce titre ne répondent que d'une manière obscure à cette question.

** [Qu'est-ce donc qu'une longue coutume?]

Une coutume peut être dite longue, *longa*, quand elle est introduite depuis dix ou vingt ans. On l'appelle coutume très longue, *longissimo*

* [Consuetudo quid sit?]

Et quidem consuetudo est jus non scriptum, moribus populi diuturnis inductum, ut Instit. de jur. nat. § Constat. Diciturque consuetudo, quasi communis assuetudo : et aliàs dicitur consuetudo, et in alia significatione, altera natura. Quæ sit longa consuetudo? et ita, licet contineatur in rubrica, tamen leges sub ea positæ obscure quæstionem istam prosequuntur.

** [Consuetudo longa quæ dicatur?]

Et quidem longa consuetudo dici potest illa quæ X vel XX annis inducitur. Multo magis longissimo tempore, id est XXX. Vel longævo, id est XL anno-

(1) Azo (Poreius) ou Azon, jurisconsulte italien, né à Bologne au milieu du XII^e siècle, mort vers 1230. Il a professé le droit à Bologne et, d'après quelques-uns, à Montpellier. Il appartenait à l'école des Glossateurs. Il a laissé des *Gloses* sur le Digeste et le Code de Justinien, des *Leçons* sur le Code et une *Somme* sur le Code et les *Institutes* de Justinien. Ce dernier ouvrage est son œuvre capitale.

(2) Azonis jurisconsultissimi in jus civile Summa (accessere præter Hieronymi Gigantis, Pardulphi Prattæi, et ex Martino veteres additiones, aliæ quamplurimæ). In-folio, Lyon, 1564. Bibliothèque nationale : F. 233 : Summa in octavum librum Codicis, fol. 233 et seq. — Dans ce chapitre les textes latins, extraits des auteurs cités, seront mis au bas des pages; des astérisques placées au début de chaque alinéa permettront de se reporter facilement au texte latin.

tempore, si elle date de trente ans; on la dira très vieille ou antique, *longæva*, si elle date de quarante ans. Cette affirmation peut d'ailleurs être facilement prouvée par la loi. C'est en ce sens que la loi I. du titre « *quæ sit longa consuetudo* » du Code. déclare que la longue coutume a force de loi. De plus une prescription est réputée longue quand elle a dix ans de durée et que les parties sont présentes (Et cum hoc placitum, *Instit.*, de usucapionibus, II, 6). Or, quand il s'agit de la coutume, les parties sont toujours présentes; dès lors il n'y a pas lieu d'envisager, comme pour la prescription, le cas où les parties seraient absentes; aussi entend-on fréquemment par longue coutume une coutume qui date de dix ans. Certains juristes cependant veulent que la longue coutume soit celle dont la date d'introduction n'est plus dans la mémoire (en ce sens l. 2, consuetudinibus, *Cod.*, quæ si longa consuetudo, VIII, 52. Et l. 2, *Dig.*, In summa § 3, Cassius, de aqua et aquæ pluvie arcendæ, XXXIX, 3). Cette opinion ne me plaît pas.

* [Est-ce par une sentence ou par deux sentences qu'une coutume est introduite?]

Mais on se demande si, pour qu'il y ait coutume, il suffit d'un jugement et d'un seul jugement rendu au cours des dix ou vingt années écoulées? Je réponds : Non; car, pour qu'on puisse parler de coutume, il faut qu'il y ait au moins deux jugements (l. 3, nemo, *Cod.*, de episcopali audientia, I, 4, *in fine*). — Mais on objectera à nouveau que, dès lors, c'est sur deux exemples qu'on établit un jugement, ce qui ne doit pas être (selon la loi 13, nemo, *Cod.*, de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, VII, 45).

rum; et potest hoc aperte probari per legem. Cum enim dicatur longam consuetudinem vicem legis obtinere ut C. Quæ sit longa consuetudo, l. I. Ea autem præscriptio censetur esse longa, quæ est X annorum : ut Instit., de usuca. § Et cum hoc placitum. Consequens est, ut hic cum res tantum inter præsentis agatur, frequenter longam consuetudinem etiam decem annos intelligi. Quidam tamen dicunt eam esse longam cujus non extat memoria. argum. C. t. e. l. consuetudinibus et de aqua pluvia arcenda l. 2. Quod non placet.

* [Consuetudo an una sententia inducatur, vel an duabus?]

Illud quæret aliquis numquid sufficiat semel intra X vel XX annos ita esse iudicatum? Respondeo non, quia duabus vicibus ad minus consuetudo dici potest, ut C. de episcopa. audientia l. III, in fi. Iterum oppones : ergo duobus exemplis iudicatur, quod esse non debet : ut C. de senten. et interlocuto. omnium iudicum, l. nemo.

* [La coutume n'est introduite par sentence qu'autant qu'il plaît au peuple ou au souverain qu'il soit jugé ainsi à l'avenir.]

Je réponds à l'objection précédente en disant que l'affirmation « deux jugements équivalent à un temps long pour introduire une coutume » est à comprendre en sous-entendant : « à condition qu'il plaise au peuple ou au souverain qu'il soit jugé de cette façon dans l'avenir, c'est-à-dire que cette manière de faire soit désormais toujours obligatoire » ; dans ce cas seulement il y aura coutume, et non pas autrement.

** [A quels signes reconnaît-on qu'une coutume est introduite?]

Principalement à l'un de ces trois signes : ou bien, — premier signe, — il en a été ainsi décidé sans contradiction ; — ou bien, — deuxième signe, — les plaintes relatives à l'existence de cette coutume n'étaient pas reçues par les tribunaux ; — ou bien, — troisième signe, — sur une contradiction prétendant que la coutume invoquée n'en était pas une et avait été réprouvée, un jugement a prononcé que la coutume existait bien.

*** [Quelle est l'autorité de la coutume?]

Il semble que la coutume ait trois effets : elle crée des lois ; elle les abroge ; elle les interprète (l. 32, de quibus, et l. 38, nam imperator, *Dig. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, I, 3 ; et § 9, ex non scripto, *Instit.*, de jure naturali, I, 2). Mais quelques juristes objectent que ces lois énumérées et antiques sont aujourd'hui abrogées

* [Consuetudinem non aliter per sententiam induci, quam si populo vel praesidi placuerit ita judicari in futurum.]

Respondeo quod dictum est saltem duas vices per longum tempus inducere consuetudinem, exaudiendum est, si populo vel praesidi placuerit ita judicari in futurum, id est, ut sic de cætero semper fieret: et sic fiet consuetudo, aliter non.

** [Consuetudo ex quibus cognoscatur esse inducta?]

Et quidem ex tribus præcipue. Primum est quia sic est obtentum sine contradictione. Secundum quia libelli querimoniarum de re tali non recipiebantur. Tertium si cum contradiceretur non esse consuetudinem, reprobata contradictione, judicatum est esse consuetudinem.

*** [Consuetudinis auctoritas quanta sit.]

Et quidem videtur quod consuetudo sit conditrix legis, abrogatrix, et interpretatrix: ut ff. de legib. et senatus consul. l. de quibus § ult. et l. nam imperator et Insti. de jur. nat. § ex non scripto. Sed quidam dicunt quod illæ leges

(comme semble l'indiquer la l. 2, consuetudinis, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52) : par ces lois en effet, toute l'autorité, dit-on, serait passée du peuple au souverain. Dès lors, ou bien il s'agirait dans ces lois (qui confèrent à la coutume force juridique) du droit qu'une cité particulière se serait constitué par coutume : et en effet, un droit constitué par coutume peut être abrogé, soit par une loi écrite, soit par une coutume contraire, mais une loi écrite ne peut être abrogée que par une autre loi écrite ; — ou bien il s'agirait dans ces mêmes lois d'une coutume générale, c'est-à-dire d'une coutume que le souverain tolère et qui a été introduite, le souverain en ayant connaissance certaine ; mais une coutume particulière n'abrogerait pas la loi, même si elle était introduite le souverain en ayant connaissance, et alors même qu'elle serait observée en ce lieu particulier (voir en ce sens l. 13, venditor, § 1, *Dig.*, communia prædia, VIII, 4 ; et, en sens contraire, l. 3, prætor ait, § 5, *Divus, Dig.*, de sepulcro violato, XLVII, 12).

* [Est-ce que la coutume a) peut abroger la loi écrite ? et b) quand l'abroge-t-elle ?]

a) La coutume peut-elle abroger la loi écrite ? Il faut distinguer le cas où la loi est postérieure à la coutume et le cas où elle lui est antérieure : si la loi est postérieure à la coutume, elle abroge la coutume qui précède, et cela, précisément, parce que la loi est postérieure. Autrement, c'est-à-dire si c'est la coutume qui est postérieure à la loi, c'est la coutume qui abroge la loi, à moins que la loi ne prohibe à l'avance la coutume contraire, comme cela se vérifie pour les usures... b) Quand la coutume abroge-t-elle la loi écrite ? Si cependant la coutume a été introduite par erreur, elle n'abroge pas la loi, même dans le lieu où elle a été introduite ; et cela, contrairement à l'opinion de quelques-uns qui vou-

antiquæ sunt hodie contra, ut t. eo l. consuetudinis. His enim legibus translata erat omnis potestas in principem. Vel ibi loquitur de eo, quod civitas sibi constituit per consuetudinem; namque ea, vel lege scripta, vel contraria consuetudine tollitur: lex autem scripta, tantum lege scripta. Vel ibi loquitur de generali consuetudine, id est, quam princeps patitur, quæ ex certa scientia inducta videtur: hoc de speciali alicujus loci, quæ legem non abrogat, etiam si ex certa scientia sit inducta, licet in eo loco servantur: ut ff. com. præ. l. venditor § si constat. Sed contra videtur: ut ff. de sepul. vio. l. III § Divus.

* [Consuetudo an et quando deroget legi scriptæ.]

Sed distingue, utrum lex sequatur consuetudinem cui ipsa est contraria, an præcedat. Si lex sequatur, quia posterior est, derogat consuetudini quæ præcessit: alioquin legi consuetudo derogat, nisi lex consuetudinem prohiberet admitti: ut in usuris habemus. Si vero per errorem inducta esset: nec in eo loco legi derogaret, licet quidam contradicant, qui aliter quam nos casum

draient que, même en ce cas, la coutume abroge la loi; ces derniers juristes interprètent autrement que nous la loi 39, *quod non ratione, Dig.*, de leg. et senat., I, 3. — D'autres légistes introduisent une autre distinction et soutiennent que, si la loi est telle qu'elle puisse être abrogée par un pacte, alors une coutume peut aussi l'abroger; mais que si, au contraire, la loi ne peut être abrogée par un pacte, elle ne peut l'être davantage par une coutume. Jean Bossianus (1) approuve ce rapprochement entre la coutume et le pacte : car, qui dit coutume dit, selon lui, consentement tacite (l. 32, de quibus, in *fi.*; *Dig.*, de leg. et senat., I, 3). Mais ce rapprochement ne semble pas exact : car, alors, on ne pourrait opposer la coutume aux fous furieux et à leurs assimilés, puisqu'ils ne peuvent donner leur consentement en termes exprès (l. 14, qui ad certum tempus, *Dig.*, locati conducti, XIX, 2.) Si, objecte Jean Bossianus; on peut, même en ce cas, opposer la coutume aux fous furieux et à leurs assimilés : car la majeure partie de la collectivité a donné son consentement, et, dès lors, c'est comme si toute la collectivité l'avait donné (l. 19, *quod major, Dig.*, ad municipalem, L, I.) A quoi je réponds : la règle de la majorité vaut dans le cas d'élection; elle est même valable dans tous les cas où la collectivité doit manifester son consentement, de façon qu'on puisse dire que la majorité a décidé telle chose; mais elle ne peut être invoquée pour faire admettre que quelqu'un, qui est demeuré dans l'ignorance de ce qui se faisait, a donné son consentement. Or, ici, la coutume porte préjudice au patrimoine de chacun, et elle ne peut être introduite que si chacun lui donne son consentement; mais cela ne peut être réalisé (par les fous furieux et

illius legis, ff. de legi. et senatus. l. quod non ratione, ponunt, sicut ibi notavimus. Alii distinguunt, an lex sit talis cui derogari possit per pactum...; et tunc tali legi per consuetudinem derogari in eo loco dicunt; alioquin si per pactum legi non potest derogari, secus dicunt... Notavit Joa. Bos. (1) et merito consuetudinem pacto parificant; quia ipsa consuetudo consensus dicitur tacitus; ff. de legi. et senatusconsul. l. de quibus in fi. Sed hoc non videtur verum : quia secundum hoc furiosis, vel similibus, qui expressim consentire non possunt, consuetudo non objiceretur : ut ff. loca. qui ad certum tempus, — nisi respondeas : imo objiceretur, quia major pars universitatis consentit : unde perinde est ac si omnes consensissent : ut ff. ad municip. l. quod major, secundum Joan. Bos. Responde : illa regula vera est in electionibus. Item vera est ut universitas possit conveniri : ideo quia major pars aliquid dicitur fecisse : non ut aliquis ignorans conveniatur. Hæc autem consuetudo patrimonio sin

(1) Bossianus Johannes (ou encore Bossiani ou Bassiani), jurisconsulte italien, né à Crémone, élève de Bulgarus, maître d'Azon, surnommé *lucerna juris et speculum mundi*. — Il importe de ne pas confondre ce Bossianus avec Bazianus dont le nom s'écrivit aussi Baxianus ou Bassianus et dont il sera question un peu plus loin.

deurs assimilés). Et, en effet, quand bien même on ferait mille pactes sur une chose que je détiens, ces pactes ne sauraient me porter préjudice.

Par cette affirmation, Azon ébauche la théorie dite «des droits acquis», théorie selon laquelle une majorité est impuissante à rien changer aux droits acquis par la minorité d'une communauté. Et, continuant à examiner la question de savoir quand la coutume abroge la loi, il ajoute :

* D'autres juristes encore distinguent le cas où la loi existe seule, et alors la coutume contraire à la loi abroge la loi, disent-ils, — et le cas où la loi a été ratifiée, et alors, c'est la coutume contraire qui, ayant été introduite la première, est abrogée par la loi postérieure. Cette dernière distinction serait établie par comparaison avec ce qui se passe pour la vente, qui peut être rescindée par le seul renoncement, tant que la livraison n'a pas corroboré l'échange des consentements, et qui ne peut plus être rescindée une fois la livraison faite (l. 1, re quidem, *Cod.*, quando liceat ab emptione discedere, IV, 45) (1).

** [L'interprétation de la coutume doit-elle être rédigée par écrit ?]

L'interprétation de la coutume, même si elle est générale et obligatoire, ne doit cependant pas être nécessairement rédigée par écrit; mais il est loisible à chacun de la consigner par écrit pour en conserver la mémoire. A chacun d'agir selon son gré ou son utilité (2).

Ainsi donc, dès avant l'année 1230, Azon étudiait avec précision huit des questions relatives à la force juridique de la coutume : Qu'est-

gulorum detrahit, et inducitur ut singuli conveniantur; quod esse non potest. Nam si millies ipsi paciscatur, quod ego tenerer, mihi non præjudicaret.

* *Alii distinguunt an lex sit sola, et consuetudo contraria, et tunc legi abroget. An vero lex lata post consuetudinem sit roborata : ut sic contraria consuetudo prima inducta lege vincatur. arg. sumpto ab eo quod de venditione dicitur, quod solo dissensu dissolvitur, si traditione roborata non fuerit, alioquin contra : ut t. quando li. ab emp. disc; l. 1 (1).*

** [Interpretatio consuetudinis, an sit redigenda in scriptis.]

Consuetudinis autem interpretatio licet generalis sit, et necessaria, non tamen necessario in scriptis redigenda, sed ex voluntate et utilitate ad conservationem memoriæ quisque in scriptis redigere potest (2).

(1) Azonis in jus civile Summa, in fol., Lyon, 1564, *Bibl. nat.*, F. 233, fol. 233 et 234.

(2) Azonis Summa in primum librum Codicis. De legibus et constitutionibus principum et edictis, in fol., Lyon, 1564, fol. 8, n° 13.

ce que la coutume? Qu'est-ce qu'une longue coutume? La coutume est-elle introduite par une seule sentence judiciaire ou par deux sentences? La coutume requiert-elle le consentement du peuple ou celui du souverain? A quels signes reconnaît-on qu'une coutume est introduite? Quels sont les effets de la coutume? Est-ce que la coutume abroge la loi écrite, et quand l'abroge-t-elle? L'interprétation de la coutume doit-elle être rédigée par écrit? — Azon posait ainsi les fondements du premier traité sur la coutume dans le droit civil, et il le faisait en recourant aux textes du droit romain codifié par Justinien.

Il était suivi de près, d'ailleurs, dans cette voie par son disciple et émule Accurse (1), lui aussi auteur de commentaires sur le *Corpus juris civilis* (2). Accurse reproduit et complète la *Summa* d'Azon. Il le fait surtout à propos de la loi 2, *Consuetudinis*, du titre 52 du VIII^e livre du Code, en répondant à cette question : « Qui l'emporte de la loi ou de la coutume? »

* En cinquième lieu, certains juristes disent que la coutume qui est bonne l'emporte sur la loi, mais non la coutume qui est mauvaise. En sixième lieu, ils affirment que si le peuple se sert sciemment d'une coutume contraire à la loi, la coutume l'emporte sur la loi, mais non, si c'est inconsciemment et dans l'ignorance de la loi que le peuple met en pratique la coutume contraire à la loi. Mais cette opinion ne me plaît pas, déclare Accurse; car, en ce cas, la condition du peuple coupable d'un délit serait plus avantageuse que celle du peuple respectueux de la loi... En dernier lieu, je demande si la coutume est interrompue et battue en brèche par le simple fait que, après la prescription de la coutume, on a agi une fois ou deux contrairement à cette coutume. Je ne le pense pas et ma pensée reflète l'opinion de plusieurs (3).

* *Quinti dicunt quod bona consuetudo vincit legem. 1., mala non... Sexti dicunt, quod ex certa scientia utens populus contra legem, vincit consuetudo legem; ignorans non. Quod non placet: quia melioris conditionis esset populus delinquens quam innocens; quod esse non debet... Ultimo quæro quid si post præscriptam consuetudinem utamur semel vel bis in contrarium, an sit interrupta? Resp. non puto secundum quosdam (3).*

(1) Accurse ou Accorso François, né à Florence, 1182-1260, enseigna le droit à Bologne et fut un des rénovateurs du Droit romain en même temps que le plus remarquable des glossateurs. Il réunit, en effet, sous le titre de *Grande Glose* ou de *Glose continue*, les meilleures décisions des jurisconsultes les plus célèbres sur le Droit romain. Son fils François Accurse (1225-1293) fut également un éminent romaniste. Dante lui donne une place dans « l'Enfer ».

(2) Accurse, Comment. Justinien (*Corpus juris civilis*), Parisiis, 1576, 5 vol. in-fol. Bibl. nat., F. 87-91.

(3) Accurse, *Corpus juris civilis*, l. 2, *Consuetudinis*, Cod., VIII, 52, Parisiis, 1576, Bibl. nat., F. 90, col. 2026.

Accurse insiste, de même, très heureusement sur la valeur juridique de la coutume dans son Commentaire sur la loi 3, *leges quoque*, du titre 52 du VIII^e livre du Code, au mot *imitatur* (Accurse, *op. cit.*, l. 3, *Cod.*, VIII, 52, col. 2027).

* La coutume a trois effets, dit-il. En premier lieu, elle imite la loi (l. 3, *leges quoque*, *Cod.*, *quæ sit longa consuetudo*, VIII, 52; et aussi § 9, *ex non scripto*, *Institul.*, de *jure naturali*, I, 2). — En second lieu, elle interprète la loi (l. 37, *si de interpretatione*, *Dig.*, de *leg. senat.*, I, 3). — En troisième lieu, elle corrige la loi, comme on l'a vu dans la loi 2 du présent titre. — Enfin, la coutume a un quatrième effet; elle corrobore la loi, comme c'est le cas ici (1).

Ces très courtes citations suffisent à démontrer qu'Accurse suit la même méthode que son devancier Azon et que, pour lui aussi, dès avant 1260, la question de la coutume était, sinon définitivement tranchée, du moins juridiquement définie.

Azon et Accurse préparaient la voie, sans le savoir, aux créateurs du droit canonique proprement dit, à Bernard de Parme d'une part, à Henri de Suze d'autre part. Les notions juridiques savamment élucidées par les civilistes, Bottoni et Hostiensis vont, en effet, les transformer, chacun à leur façon, en les transposant du domaine du droit civil dans celui du droit ecclésiastique; mais, tandis que c'était en commentant les diverses parties du Code de Justinien qu'Azon et Accurse manifestaient leurs pensées, c'est en commentant les Décrétales de Grégoire IX que Bernard de Parme d'abord, Henri de Suze ensuite, manifestent les leurs.

C'est dans l'explication littérale du chapitre 11, *quum tanto*, du titre IV du 1^{er} livre des Décrétales que Bottoni (2) pose les fondements de la première théorie de la coutume dans le droit canonique, du moins

* ...et sic nota tres virtutes consuetudinis : imitandi ut hic et *Instit. de jure nat.* § *ex non scripto*. Item interpretandi, ut ff. *eod. lo.*, *si de interpretatione*. Item corrigendi ut diximus t. *eod. l. prox.* Item et quarto corroborandi ut hic (1).

(1) Accurse, *op. cit.*, l. 3, *cod.* VIII, 52, col. 2027.

(2) Bernard de Parme, encore appelé de son nom de famille Bernard de Botone, et surtout Bottoni, ou encore B. Botonus, élève de Tancrede et professeur à Bologne, l'un des maîtres de Guillaume Durand, mort en 1263 ou 1266, est principalement connu par son *Apparatus ad Decretales Gregorii IX*. Ses travaux sur les Décrétales ont en effet formé la *Glossa ordinaria* de ce texte. Bottoni avait puisé les éléments de son vaste travail dans les commentaires de Vincent, de Goffrède et d'Innocent IV, et il n'avait eu recours qu'indirectement aux gloses plus anciennes d'Alain, de Laurent, de Tancrede et autres. Il est encore l'auteur de *Casus longi* et d'une *Summa super titulos Decretalium*.

les fondements de la première théorie de la coutume qui soit parvenue jusqu'à nous. Voici les passages essentiels de ce commentaire.

* [Aux mots : *naturali juri*...]

Aucune coutume ne peut prévaloir contre le droit naturel, quand bien même tous les hommes agiraient contrairement à la loi.

** [Aux mots : *vilis auctoritatis*.]

... De quelle coutume Grégoire veut-il parler, en disant que la coutume n'est pas d'une autorité méprisable. Si vous dites qu'il parle de la coutume qui est bonne, de celle-là, ni la raison ni le droit n'en triomphent; bien plus, cette coutume bonne a la force même de la loi (Grat., c. 7, in his, dist. XI). Si, à l'opposé, vous dites que Grégoire a en vue la coutume mauvaise, il est impossible de dire d'une telle coutume qu'elle n'est pas sans valeur. Au sujet de ces mots, certains commentateurs disent que le début de la phrase doit s'entendre de la coutume bonne et la fin de la coutume mauvaise; mais telle n'a pas été l'intention de la loi... et cette opinion est inacceptable. D'autres, et en plus grand nombre, entendent d'un préjudice *général* l'impuissance de la coutume à vaincre la loi et sous-entendent le mot « généralement » dans la formule : « quoique l'autorité de la coutume ne soit pas méprisable, la coutume ne doit cependant pas avoir force au point de pouvoir porter préjudice *général* au droit positif »; et, en ce cas, la coutume porterait simplement préjudice à la loi dans le lieu où la coutume est observée. En vérité, cette façon de comprendre la formule de Grégoire IX est claire et facile. Aussi bien aucun doute n'est-il possible sur ce point : une coutume locale ne peut porter préjudice dans tous les lieux au droit positif. Aussi le canon 4, *consuetudinis*, de la XI^e distinction de la première partie du Décret

* [Naturali juri.]

... *Nulla consuetudo prævalet contra jus naturale etiamsi omnes homines de mundo contra facerent.*

** [Vilis auctoritatis.]

... *Sed quæritur de qua consuetudine hic intellexit Gregorius. Si dicis de bona consuetudine, illam nulla ratio sive jus vincit, imo æquiparatur ei (XI dist., in his). Si de mala de illa non potest dici quod non sit vilis. Super hoc dicunt quidam quod principium istius § debet intelligi de bona consuetudine, et finis de mala, et ita diversimodè intelligunt. Sed hæc non fuit intentio legis... Et ideo inepte dicunt. Alii pro majori parte exponunt litteram istam : non tamen est adeo valitura ut juri positivo debeat præjudicium generare, supplet generaliter non præjudicat juri, sed in eo loco præjudicat juri, ubi consuetudo servatur; et iste intellectus planus et facilis est. Sed de hoc nulla dubitatio est quod consuetudo unius loci juri positivo generaliter præjudicet omnibus locis.*

de Gratien, doit-il s'entendre ainsi : quoiqu'une coutume particulière jouisse d'une autorité qui n'est pas sans valeur, cependant elle ne porte préjudice au droit positif que si elle est raisonnable et légitimement prescrite...

* [Au mot : *Rationabilis.*]

Quelle coutume peut donc être dite raisonnable? *Est raisonnable la coutume que ne réprouvent pas les droits* (c. 3, *quum ecclesia Sutrina*, **X**, II, 12; et c. 8, *quum dilectus*, **X**, I, 4; et encore c. 25, *abbate*, **X**, V, 40). Par exemple, n'est pas réprouvée par le droit la coutume d'admettre, parfois, pour faire une élection, certains personnages non appelés par le droit commun et appartenant à un autre collège; de même, est raisonnable la coutume qu'un chapitre élise seul, sans que l'évêque ait été consulté, des chanoines et d'autres prélats inférieurs (c. 31, *quum ecclesia Vulterana*, **X**, I, 6); de même la coutume, que l'évêque fasse seul la désignation des chanoines et des prélats inférieurs, serait aussi raisonnable (c. 6, *ea noscitur*, **X**, III, 10). Cependant, de droit commun, le chapitre et l'évêque ne font qu'un corps (c. 4, *novit*, **X**, III, 10). Et, selon le droit commun, les élections devraient être faites par tous en commun, évêque et chanoines, comme cela se fait parfois (c. 15, *postulastis*, **X**, III, 8). Je dirai encore raisonnable la coutume de ne pas appeler les absents pour une élection, comme cela a lieu dans beaucoup de lieux, en Toscane, par exemple, et dans beaucoup d'églises : de telles coutumes peuvent être légitimement prescrites, comme il apparaît par

Et ideo sic debet intelligi lex illa quam habes XI dist., consuetudinis : quamvis particularis consuetudo non est vilis, non tamen præjudicat juri positivo nisi fuerit rationabilis et legitime præscripta.

* [*Rationabilis.*]

Et quam consuetudinem dicis rationabilem? Illam dico rationabilem quam non improbant jura *T. de causa poss.*, cum *ecclesia*; et *T. eo*, c. *cum dilectus*, et *T. de verbor. signi.*, *C. abbate*, ut si quandoque admittantur aliqui ad electionem ad quos non pertinet de jure communi, et de alio collegio, ista consuetudo non improbatur a jure ut dicunt jura prædicta; et illa est rationabilis quod tamen capitulum eligat canonicos sibi, et alios inferiores prælatos, irrequisito episcopo. *T. de elect.*, c. *cum ecclesia Vulterana*. Vel episcopus solus hoc faciat. *T. de his quæ fi. a præl. sine con. cap.*, c. *ea noscitur*, licet de jure unum corpus sint. *T. de his quæ fi. a præl. sine cons.*, c. *novit*; et de jure communi deberet fieri ab omnibus communiter, ab episcopo et canonicis, ut quandoque fit. *T. de conces. præb.*, *postulastis*. Et illam dicerem rationabilem quod absentes non vocentur ad electionem, ut in multis locis contingit ut in Tuscia et in multis ecclesiis; et hujusmodi consuetudines legitime præscribuntur ut patet per prædicta exempla. Illam dico generaliter rationabilem quæ non

les exemples cités. Je dis donc d'une façon générale : *Est raisonnable la coutume qui ne s'oppose pas aux institutions canoniques ; est non raisonnable la coutume qui est réprouvée par le droit* (telles les coutumes mentionnées dans les chapitres : c. 3, *ex frequentibus*, **X**, III, 7; c. 7, *quum venerabilis*, **X**, I, 4; c. 5, *quum inter vos*, **X**, I, 4; c. 8, *quum causa*, **X**, II, 27), *et, plus généralement, toutes les coutumes qui vont à l'encontre de la liberté de l'Eglise ou à l'encontre de la vigueur de la discipline ecclésiastique* (c. 14, *quum terra*, c. 51, *sacrosancta* et c. 56, *Massana*, **X**, I, 6).

* [Aux mots : *Legitime sit præscripta*] (1).

La prescription est de quarante ans dans le c. 3, *quum ecclesia Sutrina*, **X**, II, 12; et dans le c. 15, *auditis*, **X**, II, 26. Sur ce point de la durée que doit avoir la prescription, on peut invoquer beaucoup de droits. Mais, seuls, les textes qui viennent d'être cités ont autorité dans les choses ecclésiastiques (*Grat.*, c. 8, *placuit*, C. XVI, q. 3). Pour que la coutume puisse porter préjudice au droit commun, il est donc requis (en premier lieu) qu'elle soit raisonnable et (en second lieu) qu'elle soit prescrite, comme c'est dit dans le c. 11, *quum tanto*, **X**, I, 4, et dans le c. 2, *quum ecclesia Sutrina*, **X**, II, 12. De même (en troisième lieu), il est requis que la coutume soit introduite avec connaissance exacte, et non par erreur (l. 39, *quod non ratione*, *Dig.*, de *legibus et senat.*, I, 3); et aussi (en quatrième lieu), avec la connaissance de celui qui peut créer le droit (l. 32, *Dig.*, de *legibus*, I, 3). (En cinquième lieu) il faut que ce droit soit tel qu'il puisse être prescrit; car il y a certains droits qui ne

obviat canonicis institutis. Irrationabilis est quæ improbatur a jure. *Qualis est illa T. de insti., ex frequentibus; T. eod., cum venerabilis...*, *cum inter vos; et T. de re jud., cum causa; et generaliter ubi aliquid fit contra nervum ecclesiasticæ disciplinæ sive libertatem, T. de elect., cum terra et sacrosan. et Massana.*

* [Legitime sit præscripta.]

Spatio quadraginta annorum, T. de causa pos., cum ecclesia, et T. de præscript., c. auditis. De hoc potestis habere multa jura, ea enim solum locum habent in rebus ecclesiasticis 16. q. III § *quas actiones. Ad hoc ergo ut consuetudo juri communi præjudicet requiritur primo quod rationabilis sit et quod sit præscripta; ut hic et c. cum ecclesia. Item quod ex certa scientia et non per errorem sit inducta, ff. de leg., quod non ratione; et sciente illo qui potest jus condere, ff. de legi., l. de quibus in fi. Et quod sit tale jus quod possit præscribi;*

(1) Le sommaire du commentaire des mots « *legitime sit præscripta* » est ainsi libellé dans l'édition de Paris : « La glose qui suit énumère, d'abord, neuf conditions requises pour que la coutume puisse porter préjudice; mais Bottoni semble ne pas admettre toutes ces conditions. Ensuite, la glose établit en quoi diffèrent la coutume et la prescription; Bottoni s'élève contre la différence proposée. Puis, la glose propose une autre différence, et enfin, deux autres encore ».

peuvent être prescrits, du moins par des laïques (c. 7, *causam quæ*, et c. 16, *quum ex officii*, et c. 12, *quum non liceat*, **X**, II, 26). (En sixième lieu) il faut que la coutume n'aille pas contre le droit naturel (*Grat.*, c. 13, *flagicia*, C. XXXII, q. 7); ou, du moins, faut-il qu'elle ait été consacrée par un jugement contradictoire (l. 34, *cum de consuetudine*, *Dig.*, de leg. senat., I, 3; et c. 25, *abbate*, **X**, V, 40). (En septième lieu) il est requis qu'on ait fait usage de la coutume, ou des droits qu'elle confère, dans la pensée qu'on avait le droit d'agir ainsi, et dans l'intention de rendre obligatoire cette manière de faire dans l'avenir (l. 1, *Prætor ait*, § 5, *Julianus ait*, et l. 7, *si per fundum*, *Dig.*, XLIII, 19); autrement, l'usage ne serait d'aucun profit, et c'est pourquoi, les simples manières de faire n'introduisent pas une coutume; les jugements en effet s'appuient, non sur des exemples, mais sur des lois (l. 13, *nemo*, *Cod.*, de sententiis et interlocutionibus omnium judicum, VII, 45); ce qui cependant n'empêche pas qu'on puisse établir un jugement solide en s'appuyant sur une telle coutume (l. 38, *nam imperator*, *Dig.*, de leg. senat., I, 3). (En huitième lieu) il est requis que la majeure partie du peuple ait fait usage de cette coutume dans la pensée qu'on jugerait selon elle; car, de même qu'une minorité ne peut introduire une loi, de même elle ne peut introduire une coutume. (En neuvième lieu) c'est la coutume, dont la date d'origine n'est plus dans la mémoire des hommes, qui préjudicie au droit (*Grat.*, c. 10, *haec quippe*, C. III, q. 6; et c. 26, *super quibusdam*, **X**, V, 40; l. 3, *hoc jure*, *Dig.*, de aqua cottidiana et aestiva, XLIII, 20; l. 2, *in summa*, § 7, *idem Labeo*, *Dig.*, de aqua et aquæ, XXXIX, 2; et l. 28, *si arbiter*, *Dig.*, de probationibus et præsumptionibus, XXII, 3). Et il apparaît ainsi combien il est difficile de fournir la preuve tant de la coutume que de la prescription.

nam quædam sunt quæ non possent præscribi saltem a laicis T. de præscript., c. causam quæ, et c. cum ex officii, et c. cum non liceat. Et quod non sit contra jus naturale, 32, q. 7, flagicia. Vel saltem quod sit obtenta contradictorio judicio, ff. de legi., l. cum de consuetudine, et T. de verbo. sig., c. abbate. Item requiritur quod usus sis illa consuetudine sive juribus illis quibus usus es eo animo ut intendas sive credas te jus habere et ut in posterum id facias, ff. de itin. actuq. priv. l. I, Julianus recte ait, et l. ult. Alias non prodest ut ibi dicitur, et sic solæ vices non inducunt consuetudinem quia non exemplis, sed legibus judicandum est. Cod., de sen. et interlo. omn. jud., l. nemo; sed secundum consuetudinem talem bene judicaretur, ut dictum est ff. de leg., l. nam imperator. Item requiritur quod major pars populi usa sit illa consuetudine ad hoc ut secundum illam judicetur; quia sicut minor pars populi non possit inducere legem, ita nec consuetudinem. Item et illa consuetudo præjudicat juri cujus non exstat memoria hominum 3 q. 6 hæc quippe et T. de verb. signif. c. super quibusdam et ff. de aqua et aquæ plus. arcen. in summa et idem Labeo et ff. de prob., l. si arbiter; et sic videtur quod difficile sit probare consuetudinem et præscriptionem.

* Mais quelle différence faut-il établir entre la coutume et la prescription? Au dire de certains juristes, on pourrait assigner la différence suivante : quand on invoque la coutume, la preuve contraire pourrait être admise : on prouverait, par exemple, que cela n'est pas dû qui a coutume d'être perçu (argument a contrario tiré de la loi 20, litibus, *Cod.*, de agricolis censitis vel colonis, XI, 48). Mais, quand on invoque la prescription, la preuve contraire ne pourrait être admise et on ne pourrait pas prouver que la somme perçue n'est pas due (argument a contrario c. 17, si diligenti, *X*, de præscriptionibus, II, 26; et l. 10, nec creditores, *Cod.*, de actione pigneraticia, IV, 24). — De même, celui qui demande quelque chose qui lui est dû, ou qui demande qu'on fasse quelque chose pour lui en raison d'une coutume, devrait mentionner la cause de sa demande, tandis que celui qui s'appuie sur la prescription, n'aurait à prouver que le laps de temps écoulé, sans avoir à prouver la cause même de la demande; et, dès lors, on n'admettrait plus la preuve contraire. Mais (si on admet cette opinion) on ne voit plus (1) la différence prétendue entre la coutume et la prescription, puisque, pour la prescription, il faut aussi prouver parfois l'existence du titre, si bien que, dans la prescription aussi, ce n'est pas le seul laps de temps écoulé qui est la seule cause de l'obligation ou de sa suppression. C'est ce que font remarquer certains juristes en s'appuyant sur la loi 3, obligationum, du titre 7, de obligationibus et actionibus, du livre XLIV du *Digeste* : cette opinion qui est celle de Jean B. (2) me plaît et a mes préférences. — D'autres

* *Sed quam differentiam facis inter consuetudinem et præscriptionem? Illa potest assignari ut quidam dicunt quod ubi consuetudo prætenditur admitti possit probatio in contrarium ut probetur indebitum fuisse quod consuevit percipi. Arg. a contrario Cod., de agric. cens. l. litibus. Sed ubi præscriptio est non admittitur probatio in contrarium ut probetur indebitum fuisse. Arg. a contrario T. de præscript., c. si diligenti... Cod., de pign. act., l. nec creditores. Item qui petit aliquid sibi deberi vel fieri ex consuetudine, debet allegare causam petendi; et tunc sufficit probare solum tempus, licet non probat causam : et tunc non admittitur probatio in contrarium, et secundum hoc non (1) videtur differentia inter consuetudinem et præscriptionem quia in præscriptione quandoque probatur titulus; ita dicunt quidam quare solum tempus non est causa inducendæ obligationis sicut nec tollendæ, ff. de actio. et oblig. l. obligationum § placet. et hæc opinio magis placet secundum Jo. B. (2). —*

(1) Ce « non » est supprimé dans l'édition de *Moguntiaë*, 1473, in membranis, vélin, E. 371, tandis qu'il existe dans l'édition de Paris, 1509, in-4°, rés. E. 2784, et dans celle de Lyon, 1671, in fol. E. 690. Ces numéros renvoient aux catalogues de la Bibliothèque nationale.

(2) Sans doute Jean Bassianus dont le nom s'écrit aussi Bazianus et Baxianus. — Bassianus était né à Bologne; il fut le premier docteur *utriusque juris* de l'Université de Bologne; il y enseigna d'abord le Droit civil, puis le Droit canonique. Dans les der-

auteurs signalent, comme différence entre la coutume et la prescription, que la coutume, et la coutume seule, suffit sans qu'on ait besoin de faire mention de sa cause; ils s'appuient pour soutenir leur opinion sur le ch. 3, *quum Ecclesia Sutrina*, du titre de *causa possessionis et proprietatis*, des *Décrétales* de Grégoire IX, II, 12. Dans ce chapitre quelqu'un est en possession de percevoir quelque chose. Or ce droit est contesté et fait l'objet d'un jugement : le jugement déclare que le possesseur doit être maintenu dans son droit, jusqu'à ce que le contraire, à savoir que cela ne lui est pas dû, soit prouvé; car il possède en raison de la coutume (*Grat.*, c. 2, *volumus*, C. XVI, q. 4). On excepte le cas où c'est d'une façon précaire ou clandestine qu'on possède, cas où celui qui a donné la possession peut révoquer à son gré la donation (*Grat.*, c. 6, *quia cognovimus*, C. X, q. 3; et c. 6, *quum venissent*, X, de *institutionibus*, III, 7). — On peut encore signaler une autre différence entre la coutume et la prescription, à savoir que, parfois, la coutume doit être consacrée par un jugement contradictoire du peuple, mais non la prescription. — Enfin, une dernière distinction est proposée : pour la coutume on exigerait que la majeure partie du peuple en fasse usage, mais cette exigence n'aurait pas sa raison d'être pour la prescription. — Par tout ce qui précède on voit que l'autorité de la coutume n'est pas petite; cependant, une coutume particulière n'abroge le droit positif dans le lieu où elle existe, que si elle est raisonnable et si elle est légitimement prescrite; si toutes les conditions requises pour cette prescription sont réalisées, alors, oui, la coutume triomphe du droit et elle lui porte préjudice : mais, selon la décrétale « *Quum tanto* », il semble suffisant

Alii dicunt quod sola consuetudo sufficit etiam sine causa : arg. T. de causa poss. c., cum ecclesia ubi de hoc. Ubi vero aliquis est in possessione percipiendi aliquid, et ei quæstio movetur, tuendus est in possessione quousque probetur contrarium, scilicet indebitum; quia possidet ratione consuetudinis 16, q. 4, volumus, nisi vi præcario seu clam possideat, tunc qui dedit sua auctoritate potest revocare ut 10. q. 3 quia cognovimus. T. de instit. cum venissent. Item in alio potest esse differentia inter consuetudinem et præscriptionem quia consuetudo quandoque debet esse obtenta contradictorio iudicio populi; præscriptio vero non. Item quia in consuetudine requiritur quod major pars populi utatur illa, ut dictum est, in præscriptionibus non requiritur. Sic ergo intellige quod consuetudinis non est vilis auctoritas : tamen non vincit jus positivum illa particularis consuetudo in eo loco ubi est consuetudo nisi fuerit rationabilis et legitime præscripta : tunc bene vincit jus et ei præjudicat concur-

nières années de sa vie, il fut chanoine de la cathédrale de Bologne; il mourut dans cette ville en 1197. Ses travaux les plus connus sont un vaste *Apparatus* et des gloses sur le Décret. — Ne pas confondre Jean Bassianus avec Jean Bossianus, lequel fut le maître d'Azon.

que la coutume soit raisonnable et prescrite pour porter préjudice au droit (1).

Ainsi donc pour Bottoni : 1^o aucune coutume ne peut prévaloir contre le droit naturel; 2^o pour pouvoir porter préjudice au droit positif, une coutume doit être raisonnable et légitimement prescrite; 3^o une coutume raisonnable est celle qui n'est pas réprouvée par le droit; 4^o est prescrite une coutume qui date de quarante ans; 5^o les autres conditions exigées par les juristes, pour qu'une coutume ait force de loi, semblent excessives; ces multiples conditions, consciencieusement énumérées par Bottoni, rentrent toutes, à les bien considérer, dans les deux proposées par Grégoire IX : le caractère raisonnable et la prescription. 6^o Si on veut établir une différence entre la coutume et la prescription, on peut soutenir, d'abord, que contre la coutume on peut invoquer la preuve contraire, mais non contre la prescription; puis, que la coutume vaut sans juste titre, mais non la prescription; ensuite, que la coutume doit être parfois consacrée par jugement contradictoire, mais non la prescription; enfin, que la coutume doit être mise en usage par la majeure partie du peuple, ce qui ne peut se réaliser pour la prescription; cependant aucune de ces opinions n'est solidement établie, déclare Bottoni. — Tels sont les principes qui se dégagent du commentaire de Bernard de Parme sur la décrétale « Quum tanto » de Grégoire IX. Si, à ces quelques principes, on joint les suivants, tirés des commentaires de Bottoni sur divers autres chapitres des *Décrétales*, à savoir : la transgression d'une coutume louable doit être punie comme celle d'une loi (2); une coutume, qui ne peut être introduite sans péché mortel, ne vaut pas quelle que soit sa durée (3); la coutume confère juridiction (4); la coutume est la meilleure interprète des lois (5); il semble que l'on possède les fondements nécessaires pour l'édification d'une théorie de la coutume dans le droit canonique. Ces fondements sont encore épars, il est vrai; ils ne constituent pas un traité proprement dit; mais ils existent et

rentibus prædictis in ea præscriptione; sed secundum hanc decretalem satis sufficere videtur si consuetudo solummodo sit rationabilis et præscripta (1).

(1) Nova compilatio Decretalium Gregorii IX (cum glossa Bottoni), *Moguntiae*, P. Schœffer, 1473, in-fol. (Bibl. nat. rés. E. 797); — ou : *Decretales Domini Papæ Gregorii noni* (cum glossa Bottoni), Paris, 1509, in-4° (Bibl. nat. rés. E. 2784); — ou *Corpus juris canonici cum glossis ordinariis* (B. Bottoni), pars secunda, Lugduni, 1671, in-fol. (Bibl. nat. E. 690).

(2) C. 42, Ad apostolicam, **X**, V, 3.

(3) C. 32, In aliquibus, **X**, III, 30.

(4) C. 4, Dilecti filii, **X**, I, 43.

(5) C. 6, Ceterum, **X**, II, 21.

Henri de Suze saura les réunir en une monographie qu'il faut citer tout entière en raison de son importance.

Quelques années à peine séparent Bernard de Parme et Henri de Suze (1). Bottoni serait mort vers 1265 et Hostiensis vers 1271. Mais les progrès réalisés par le cardinal d'Ostie sont aussi rapides que considérables; Hostiensis ne se contente pas de commenter les *Décrétales*, dispersant ainsi son enseignement au fur et à mesure que les cas concrets, soumis à son examen, lui en fournissent l'occasion; il rédige encore un sommaire sur les titres des *Décrétales*, sommaire dans lequel il condense l'enseignement de l'Ecole sur chaque grand sujet. — A la rubrique *De Consuetudine* il s'exprime donc ainsi : parlons du droit non écrit ou de la coutume (2).

(1) Henri de Suse, ou de Suze, ou encore *Henricus de Segusia*, et surtout *Hostiensis*, né à Suse dans le Piémont, vers le commencement du XIII^e siècle, étudia le droit romain à Bologne, sous Jacques Baudouin (+ 1235), et le droit canonique sous Jacques de Albenga. Les anciens canonistes le qualifient de *juris utriusque doctor* ou *monarcha*. Il enseigna le droit canonique à Paris, et reçut le titre de prévôt d'Antibes. En 1244, le roi d'Angleterre, Henri III, le chargea d'une mission auprès d'Innocent IV. La même année, il fut nommé évêque de Sisteron, puis, en 1250, archevêque d'Embrun, et, en 1261, cardinal-évêque d'Ostie et Velletri, d'où son nom de Hostiensis. C'est dans cette dernière ville qu'il écrivit sa *Summa super titulis Decretalium*, appelée, au Moyen Age, la *Summa aurea* et aussi la *Summa archiepiscopi*. Son manuscrit fut détruit dans un incendie et il dut écrire une seconde fois ce traité. Il avait commencé à rédiger son commentaire (*lectura*) sur les *Décrétales*, à la demande de ses élèves, lorsqu'il était professeur à Paris. Il ne l'acheva que peu de temps avant sa mort qui se produisit en 1271. Sa renommée comme canoniste fut si grande, que « Hostiensem sequi » signifiait étudier le droit canonique.

(2) Les citations qui seront faites dans Hostiensis reproduisent fidèlement le texte même de la *Summa Hostiensis*, Venetiis, 1498, in-fol. de la bibliothèque nationale, rés. E. 1029. — On a cru bon de compléter les indications fournies par Hostiensis, indications trop sommaires pour permettre de retrouver facilement et rapidement les textes tant du *Corpus juris civilis* que du *Corpus juris canonici*. Pourtant quelques rares références sont demeurées énigmatiques et n'ont pu être vérifiées. Cela ne saurait surprendre, en raison des fautes qui ont pu être commises par les divers copistes, fautes d'autant plus excusables qu'on n'avait alors en mains que des manuscrits non divisés encore en canons ou chapitres numérotés. Les références non vérifiables ont été négligées. — Par ailleurs, Hostiensis renvoie souvent à d'autres passages de son œuvre dont il cite le paragraphe et le premier mot. Ces renvois ont paru superflus, puisque, seuls, les textes ayant trait à la coutume ont trouvé place dans cette monographie. — Enfin, quelques rares passages de la *Summa* composée par Hostiensis ont paru intraduisibles en raison des abréviations, si énigmatiques parfois, que renferment les premières éditions imprimées : on a omis ces passages qui sont mentionnées par le signe ... — Grâce aux divers répertoires qu'ils avaient à leur disposition, répertoires encore inédits pour la plupart, les professeurs du Moyen Age connaissaient assez la Codification justinienne et les textes, tant du Décret de Gratien que des *Décrétales* de Grégoire IX, pour citer à leurs élèves tous les canons, chapitres ou lois qui avaient trait à une même question. La découverte de l'imprimerie et le recours à la division par chiffres ont singulièrement allégé le travail des étudiants et

Tout d'abord, Hostiensis prend pour point de départ la définition de la coutume telle que la présente la Codification justinienne; mais il trouve cette description trop brève; aussi, afin de tout renfermer dans une même proposition, voici la description magistrale qu'il propose :

* [Qu'est-ce que la coutume?]

La coutume est, dit-il, un usage raisonnable, prescrit ou confirmé par le temps requis, n'ayant été interrompu par aucun acte contraire, introduit par un acte deux fois répété, ou par un jugement contradictoire, ou encore par une pratique dont l'origine dépasse toute mémoire; usage reconnu comme bon par la manière commune de faire de ceux qui agissent.

Cette définition, Hostiensis la reprend terme par terme, s'efforçant de ramener à elle toute la théorie de la coutume.

La coutume doit être, en premier lieu, un usage raisonnable; et, à l'appui de cette affirmation comme de toutes celles qu'il énoncera, le cardinal apportera comme preuve des textes nombreux, tirés tant du *Corpus juris civilis* de Justinien que du *Corpus juris canonici*.

** Il est bien dit usage raisonnable : c'est en effet à cette condition qu'un usage peut être prescrit (c. 11, quum tanto; c. 6, quum olim; c. 8, quum dilectus; c. 9, quum consuetudinis, **X**, de consuetudine, lib. I, tit. IV; c. 4, bonæ memoriæ, **X**, de postulatione prælatorum, I, 5; c. 40, scriptum, c. 50, Cumana, c. 55, in genesi, **X**, de electione, I, 6; c. 13, quum contingat, **X**, de foro competenti, II, 2; l. 6, cum inspeximus, *Cod.*, de emancipationibus liberorum, VIII, 48; c. 6, quum olim, **X**, de

* [Quid sit consuetudo?]

Consuetudo est usus rationabilis competentis tempore præscriptus vel firmatus; nullo actu contrario interruptus, binario actu seu contradictorio iudicio vel quod non extet memoria, inductus, usuque communi utentium comprobatus.

** *Bene dixi rationabilis. Sic enim præscribi potest, T. eo, c. 2, et c. cum olim, et c. cum dilectus, et c. cum consuetudinis. T. de postula. prælat. c. bonæ memoriæ § ceterum in fi. T. de elect. c. scriptum et c. cumana, c. in*

diminué les occasions d'erreur dans les citations. Aussi bien, n'a-t-on voulu reproduire le texte de Hostiensis dans son intégralité aussi complète que possible, qu'afin de montrer à quel point les commentateurs, dans l'un et l'autre droit, avaient connaissance tant de la législation romaine que des documents ecclésiastiques. — Les autres auteurs, qui seront cités dans la suite de ce travail, ne le seront que partiellement, et on supprimera les renvois faits par ces auteurs aux divers textes des différents droits.

clericis conjugatis, III, 3; c. 10, dilecto filio, **X**, de officio archidiaconi, I, 23; c. 12, accedentibus, **X**, de excessibus prælatorum et subditorum, V, 31; l. 3, an in totum, *Cod.*, de ædificiis privatis, VIII, 10; l. 1, præses, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). Tous ces divers droits disent qu'il faut tenir compte de la coutume dans les questions de juridiction, d'élection, et autres matières semblables. D'une façon générale, je déclare que, partout où le droit fait défaut, il faut toujours s'en tenir à la coutume, du moment qu'elle n'est pas inique ni, par ailleurs, réprouvée par le droit (l. 32, de quibus, et l. 38, nam imperator, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; *Grat.*, c. 7, in his, dist. XI). — Quant à déterminer si la coutume est ou n'est pas raisonnable, c'est au juge que je laisse ce soin, puisqu'aucune règle certaine ne peut être donnée sur ce point, déclare Hostiensis (*Arg.*, cap. 4, de causis, **X**, de officio et potestate judicis delegati, I, 29; l. 32, mora, *Dig.*, de usuris et fructibus, XXII, I; l. 8, inviti, *Dig.*, de testibus, XXII, 5; l. 137, continuus, *Dig.*, de verborum significatione, L, 16; l. 61, procurator, *Dig.*, de obligationibus et actionibus, XLIV, 7; l. 17, venditor, *Dig.*, de transactionibus, II, 15).

Néanmoins le cardinal d'Ostie se rend compte qu'il est tenu de définir d'une manière plus précise le caractère raisonnable de la coutume :

* Sache cependant, ajoute-t-il, qu'une coutume doit être considérée comme raisonnable, quand elle est approuvée par le droit et que l'église romaine l'observe et prescrit de l'observer. Une telle coutume ne va pas contre la foi, quand bien même elle est contraire à certaines décisions des conciles (*Grat.*, c. 3, nolite, dist. XI; c. 6, basilicas, de cons., dist. I...; l. 13, venditor, § 1, *Dig.*, communia prædiorum, VIII, 4...).

S'il est difficile et presque impossible de définir ce qu'est une coutume

gen. in fi. T. de fo. comp. c. cum contingit in fi... Cod. de emanci. l. fi. T. de cleri. conjug. cum olim ad fi. et de excessibus prælato. c. accedentibus. C. de edific. pri. l. 3 et quæ sit lon. consue. præses. Omnia jura ista dicunt consuetudinem attendendam in jurisdictionibus et electionibus et similibus. Et generaliter tibi trado quod ubicumque jus deficit, semper tenenda est consuetudo, dummodo non sit iniqua, vel alias a jure reprobata. ff. de legi. de quib. et l. nam imperator. XI di. in his. Utrum autem sit rationabilis vel non relinquo judici cum nec certa regula possit tradi. Arg. T. de offi. dele. de causis § unico. ff. de usuris mora et de testi. l. 3. et de verb. obli. l. continuus et de acti et obli. l. fi. T. de transac. c. fi.

* *Ut tamen scias illam consuetudinem rationabilem fore quæ a jure comprobatur et quam romana ecclesia servat et præcipit observari, nec est contra fidem, etiamsi contra concilia sit, 11 di. nolite; de conse. di. 1. basilicas... ff. communia prædiorum venditor §§ si constat...*

raisonnable, il est plus facile de déclarer dans quels cas une coutume ne l'est pas :

* Un usage non raisonnable ou inique ne peut être prescrit (tels sont les usages mentionnés dans les textes qui suivent : c. 1, consuetudinem; c. 5, quum inter vos; c. 7, quum venerabilis; c. 8, ad nostram audientiam; c. 4, quanto; c. 10, ex parte, **X**, de consuetudine, I, 4; c. 56, Massana, **X**, de electione, I, 6; c. 8, quum causa, **X**, de sententia et re iudicata, II, 27; c. 12, quum decorem, **X**, de vita et honestate clericorum, III, 1; c. 30, extirpandæ et c. 37, venerabilis, **X**, de præbendis, III, 5; c. 5, ad decorem, **X**, de institutionibus, III, 7; c. 8, non satis, et c. 9, quum in ecclesiæ, **X**, de simonia, V, 3).

Puis voici une proposition plus catégorique.

** Et, d'une façon générale, est non raisonnable tout usage réprouvé expressément par le droit ou qui, par ailleurs, est inique parce que contraire au droit naturel, c'est à-dire divin, lequel est contenu dans la Loi et l'Evangile. De même, ne vaut pas l'usage qui est contraire aux décisions des conciles dans les matières qui concernent la foi (*Grat.*, dignitate, et c. 2, quæ contra mores, dist. VIII; et c. 1, usus et c. 2, consequens, dist. XI); du moins, ceci se vérifie-t-il en ce qui concerne les préceptes moraux ou prohibitifs comme sont ceux-ci: tu honoreras ton père, tu ne tueras pas, etc. Mais il en est autrement en ce qui concerne les prescriptions relatives aux choses sacrées ou aux cérémonies, comme l'observance du sabbat; ou encore, la prescription qu'une mère ne doit pas pénétrer dans le lieu saint pendant quarante jours si elle a mis au monde un fils, pendant quatre-vingts jours si elle a mis au monde une fille (*Grat.*, c. 1, cum enixa et c. 2, si mulier, dist. V; et Gratianus, His, dist. VI, *in fine*). D'où il résulte que l'on peut conclure que les droits naturels demeurent immuables (§ 11, sed naturalia, *Instit.*, de jure natu-

* *Irrationabilis autem vel iniqua non præscribitur. Qualis est illa T. e c. 1, et c. ad audientiam, et c. quanto, et c. cum inter vos, et c. cum venerabilis, et c. ex parte. T. de ele. Massana. T. de sent. et re judi. cum causa, et T. de vita et hones. cle. cum decorem, et T. de præb. extirpandæ c. venerabilis, et de insti. ad decorem. T. de simonia, non satis et c. sequenti.*

** *Et generaliter ubicumque per jus expressim reprobatur; vel aliàs est iniqua, quia contraria juri naturali, id est divino quod in lege et evangelio continetur; vel si sit contra concilia in his quæ ad fidem spectant non valet, ut in princ. decretorum, et 8 di. dignitate et c. seq., XI di. c. 1 et 2. Hoc quantum ad præcepta moralia seu prohibitiones, ut honora patrem tuum et non occides et cetera. — Secus de mysticis seu ceremonialibus, ut de custodiendo sabbato, et quod mulier arceatur ab ingressu ecclesiæ, si masculinum pariat 40 diebus, si feminam 80, ut 5 di. § 1 et c. seq. et di. 6 § his. Itaque secundum hoc potes*

rali, I, 2), et aussi que les pratiques, introduites d'une façon malencontreuse et qui sont honteuses, ne sont confirmées, ni par un long temps, ni par une longue coutume (Nov. CXXXIV, ut nulli judicium, cap. 7, quia vero; *Grat.*, c. 13, flagicia, C. XXXII, q. 7; c. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4; c. 5, quum haberet, **X**, de eo qui duxit ad matrimonium quem polluit, IV, 7). L'ignorance du droit naturel n'excuse d'ailleurs personne..., et peu importe, en ce qui concerne ce droit, qu'on ait pu ou non se tromper ou être trompé...

Hostiensis continue :

* Est encore non valable l'usage contraire au droit naturel, c'est-à-dire à la nature naturante, c'est-à-dire à Dieu. En ce cas, c'est en effet comme si la coutume dérogeait à un droit dont la non-observance mettrait l'âme en péril. Un tel usage est à réprover; car, d'une façon générale, je te déclare que, partout où l'observance d'une coutume mettrait l'âme en péril, cette coutume ne vaut pas...; de même, si la coutume est onéreuse pour les églises (c. 1, consuetudines, **X**, de consuetudine, I, 4), ou encore, si elle contredit le droit public auquel personne ne peut renoncer.

Hostiensis termine son exposé sur le caractère non raisonnable de la coutume par une assertion plus vague, qui lui permet de tenir compte de toutes les prohibitions portées par le droit :

** Est encore à juger non raisonnable la coutume contraire au concile, ou réprouvée par ailleurs par le droit (c. 7, non debet, **X**, de consanguinitate, IV, 14), ou non approuvée par l'église romaine, ou enfin introduite contre un droit imprescriptible (c. 7, causam, et c. 12, quum non

intelligi quod naturalia jura permanent, Instit. de jure naturali § sed naturalia, et quod male adinventæ pravæque consuetudines nec ex longo tempore nec ex longa consuetudine confirmantur in auten. ut nulli judi. § quia vero. col. 9; — 32 q. 7 flagitia, quia tanto sunt graviora crimina etc. T. e. c. fi.; T. de eo qui duxit in matris quam pol. cum haberet. Hujus autem juris naturalis ignorantia neminem excusat... de hoc jure dicitur quod nihil interest in vitio decipere vel decipi posse...

* *Vel quod non valet si sit contraria juri naturali, id est naturæ naturanti, id est Deo; quasi dicat si consuetudo contradicat juri, quo non servato animus periclitatur, reprobanda est. Nam generaliter tibi trado quod ubicumque, consuetudine servata, periclitaretur anima, non valet... idem si sit onerosa ecclesiis, T. eo c. 1, idem ubi contradicit juri publico cui non potest quis renunciare...*

** *Item ubicumque est contra concilium, vel alias a jure improbata T. de consang. non debet, § fi; nec a romana ecclesia comprobatur ipsam irrationa-*

liceat, **X**, de præscriptionibus, II, 26; c. 5, quum inter vos, et c. 6, quum olim venerabilis, **X**, de consuetudine, I, 4).

La coutume est définie; le caractère raisonnable ou non raisonnable de la coutume est déterminé. Hostiensis se demande maintenant *quel est le temps requis pour qu'une coutume soit prescrite*? *Obtentus quanti temporis consuetudinem firmet* »?

* J'ai dit dans la définition que j'ai proposée : usage prescrit au moyen du temps requis. — Le temps qui est requis, pour qu'une coutume soit prescrite, c'est quarante ans selon les canons (c. 15, auditis, et c. 5, vigilantis, **X**, de præscriptionibus, II, 26; Gratianus, pars VIII, § 6, quas actiones, post c. 15, C. XVI, q. 3; Grat., c. 3, neque decennii, C. XVI, q. 4). Néanmoins, il y a diversité d'opinions sur la longueur du temps exigé par la loi. Selon Jacques (1), dix ans suffisent entre présents et vingt ans entre absents (l. 1, præses, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; l. 35, sed et ea, *Dig.*, de legibus senatusque consultis et longa consuetudine, I, 3). Ces textes parlent en effet de coutume longue... Or dix ou vingt ans constituent un temps long, comme l'indiquent la rubrique du titre 33 du livre VII du *Code* : « De præscriptione longi temporis decem vel viginti annorum », et, aussi la rubrique du titre 6 du livre second des *Institutes* : « de usucapionibus et longi temporis possessionibus ». (Voir aussi l. 16, si cum fideicommissa, § 3, Aristo, *Dig.*, qui et a quibus manumissi liberi non fiunt, XL, 9.) Mais, d'après l'opinion de Placentin, de Columb., et de Lanfranc (2),

bilem iudicabis. Item cum inducitur contra jus imprescriptibile. T. de præscript. causam et c. cum non liceat. T. eod. cum inter vos et c. cum venerabilis.

* *Dixi in descriptione : competenti tempore præscriptus. Erit enim competens tempus, secundum canones, 40 an. T. de præsc. auditis et c. vigilantis; 16 q. 3, quas actiones, et q. 4, neque decennii. Sed secundum legem est diversitas quia secundum Jac. (1) sufficiunt 10 ann. inter præsentis vel 20 inter absentes, ut patet e rubrica *Cod.*, quæ sit longa consuetudo l. 1, et ex ru. ff. de leg. se. consul. l. sed ea. Dicunt enim expectandam longam consuetudinem : et longum tempus est 10 vel 20 ann. ut in rubrica C. de præsc. long. temp. et l. fi. et instit. de usucap. § 1; ff. qui et a quibus ma. li. non. fi. si cum fidei commissis. libertas § Arist. Sed secundum Placent. Columb. et Lanfranc spectandum est tempus longissimum (2), scilicet quod non extet memoria ut*

(1) Sans doute Jacques Baudoin, maître de Hostiensis, mort en 1235 (voir note p. 165).

(2) Placentin (Tardif, *Droit français*, p. 362) originaire de Plaisance, d'où son surnom, élève de Bulgarus, enseigne d'abord à Mantoue où il composa un traité de *Varietate actionum*. Il professa ensuite à Bologne; mais, à la suite d'une controverse sur le senatusconsulte Velléien avec Henri de Baile qui était un personnage considérable, il fut assailli pendant la nuit par son adversaire et il s'enfuit à Montpellier

il faudrait un temps très long, c'est-à-dire un temps immémorial (l. 32, de quibus, § 1, *inveterata*, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; § 9, *ex non scripto*, *Instit.*, de jure naturali, I, 2; l. 2, consuetudinis, *Cod.* quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). On peut apporter une raison naturelle en faveur de cette opinion : les servitudes ne sont pas acquises par un long temps, parce qu'elles sont des droits incorporels et n'ont pas de cause continue (l. 14, servitutes, § 2, *Dig.*, de servitutibus, VIII, 1), ainsi doit-il en être de la coutume. Il faudrait donc un temps immémorial, selon ces auteurs (*Dig.*, de aqua et aquæ pluvie arcendæ, XXXIX, 3; et l. 28, si arbiter, *Dig.*, de probationibus et præsumptionibus, XXII, 3), et là, où l'on trouve l'expression temps long : « longo », il faudrait l'entendre dans le sens de temps *très long*, « longissimo ».

* Mais c'est la première opinion qui me paraît plus digne d'approbation, déclare Hostiensis; dès lors, partout où vous rencontrerez les termes « coutume ancienne ou coutume invétérée », entendez-les dans le sens de coutume qui a duré longtemps, donc de coutume longue; une telle coutume peut, en effet, être dite invétérée (§ 12, *Instit.*, de usucapionibus et longi temporis possessionibus, II, 6, § diutina). Et, qu'on n'objecte pas les prescriptions renfermées dans le titre I de servitutibus

ff. de legi. et se. con. de quibus § inveterata; Instit. de jure naturali § ex non scripto. G. quæ sit longa consuetudo l. 2. Hoc etiam probatur quadam naturali ratione. Sicut enim servitutes usucapi non possunt longo tempore, cum incorporeales sint et quia non habent continuam causam ff. de ser. c. servitutes 2, sic nec consuetudo. Oportet ergo quod non extet memoria sicut in aqua plu. arce. ff. de proba. l. pen. et ubicumque invenies longa, expone id est longissima.

** Sed prima sententia magis approbanda est, et ubicumque invenies diuturnam vel inveteratam expone id est diutinam, hoc est longam. Satis enim est talis inveterata, ad hoc Instit., de usuca. § diutina. Nec obstat l. de ser-*

où il enseigna le droit pendant de longues années. On connaît de lui des gloses, des *Sommes* sur le Code, sur les *Institutes* et sur les trois derniers livres du Code, des additions au traité de Bulgarus, *De Regulis juris*, des *Quæstiones* et plusieurs autres petits écrits. Les écrits de Placentin témoignent d'un esprit scientifique et d'une connaissance des auteurs anciens, remarquables pour l'époque, mais aussi d'un orgueil et d'un dédain pour les autres juriconsultes qui expliquent les haines dont il a été poursuivi. Placentin, dont le nom véritable est inconnu, mourut à Montpellier le 12 février 1292. — Columb, ou Columbi : Tardif (*Droit français*, p. 345) mentionne le nom de Jacobus Columbi dont il donne les diverses abréviations ou sigles. — Lanfranc : Phillips, dans son traité du *Droit ecclésiastique dans ses sources* (traduction de l'abbé Crouzet), mentionne incidemment (p. 143) l'existence d'un certain Lanfranc, qui serait mort évêque de Pavie en 1198 et auquel aurait succédé Bernard de Pavie, plus connu sous le nom de Balbus qui était son nom patronymique. — Mais il s'agit peut-être, tout simplement, de Lanfranc, archevêque de Cantorbéry, né à Pavie en 1005, qui enseigna le droit à Bologne, à Pavie, puis à Avranches, et entra à l'abbaye du Bec où il devint le maître de saint Anselme. Il mourut en 1089.

du livre VIII du *Digeste*; car, dans ce titre il est question des servitudes qui sont acquises par des individus déterminés, et non de la coutume qui vaut pour tous, et non pas plus pour celui-ci que pour celui-là.

Et, après avoir discuté la question de la prescription de la coutume en s'appuyant sur les civilistes, Hostiensis la discute en recourant aux canonistes :

* Un même désaccord existe entre ceux qui étudient les canons : certains canonistes en effet exigent, dit-il, une coutume très ancienne, « longæva », d'autres une coutume simplement longue, « longa » (c. 9, quum consuetudinis, et c. 10, ex parte, **X**, de consuetudine, I, 4; *Grat.*, c. 4, mos, dist. I; et c. 4, consuetudinis, dist. XI; et c. 7, consuetudo, dist. XII). Or une coutume longue est celle qui a dix ou vingt ans de durée (Gratianus, § potest, post can. 15, C. XVI, q. 3). Il n'y a pas lieu d'ailleurs d'objecter qu'il y a des canons qui exigent quarante ans de durée pour la prescription; car ces textes, qui s'appliquent à la prescription en matière ecclésiastique, envisagent le cas où il s'agit d'éviter un préjudice pour les églises et, par conséquent, le cas où il faut restreindre la liberté. Mais, par la coutume, aucun préjudice n'est porté à l'Eglise (c. I, consuetudines, **X**, de consuetudine, I, 4), et, dès lors, on peut soutenir que la coutume acquiert force de loi plus rapidement et par un laps de temps moindre que quarante ans (*Grat.*, c. 8, placuit, C. XVI, q. 3). On peut d'autant plus admettre cette opinion que, aujourd'hui, nulle coutume ne peut s'établir juridiquement si elle n'est raisonnable. Au surplus, la coutume est comparable au privilège (1) et, par conséquent, est à favoriser comme lui, tandis que la prescription est

vitū. quia illud verum est de servitute quæ alicui specialiter acquiritur, sed consuetudo non magis acquiritur isti quam illi.

* *Hæc eadem dissensio secundum canones posset habere locum quia quidam dicunt consuetudinem longævam attendendam, quidam longam. T. e., c. cum consuetudinis et c. fi.; et di. 1. mos; XI di. consuetudinis; 12 di. consuetudo; et longum tempus est 10 vel 20 anno. 16 q. 3 § potest. — Et non obst. jura quæ loquuntur de 40 an. quia intelliguntur in præscriptione rei ecclesiasticæ, ubi ecclesiis præjudicium paratur et ideo restringitur, sed per consuetudinem non paratur præjudicium ecclesiæ, ut t. e. c. 1, et ideo posset dici quod consuetudo citius maturatur, 16 q. 3. placuit huic sancte magne. Maxime quia hodie nulla consuetudo tenet nisi sit rationabilis... Consuetudo et privilegium æquiparantur (1), ergo consuetudo amplianda sicut privilegium. Sed præ-*

(1) Sur les rapports qui existent entre la coutume et le privilège (le privilège, étymologiquement, est une loi particulière, *privilegium lex privata*), se reporter à l'article déjà cité de Rudolf Köstler : *Consuetudo legitime præscripta*. Le même article précise les rapports du privilège et de la prescription.

réputée chose odieuse et, donc, est à restreindre (c. 10, cum quidam, *Dig.*, de liberis et postumis, XXVIII, 2; c. 11, constitutus, **X**, de concessione præbendæ, III, 8; c. 25, tua, **X**, de decimis, III, 30; c. 6, quum dilecti, **X**, de donationibus, III, 24).

Et Hostiensis conclut :

* Tous cependant s'accordent à reconnaître que, selon les canons, le temps requis pour prescrire est de quarante ans. (C'est ainsi qu'il faut entendre le c. 50, cumana, **X**, de electione, I, 6; le c. 8, quum ecclesia Sutrina, **X**, de causa possessionis et proprietatis, II, 12; et d'autres chapitres encore. Cette opinion est également confirmée par le c. 6, olim, **X**, de consuetudine, I, 4, où un laps de temps de trente-six années est dit insuffisant.)

** Nous lisons ensuite dans la définition proposée au début de ce chapitre, continue Hostiensis, usage *non interrompu par un acte contraire*; et c'est à juste raison : car, autrement, la prescription ne serait pas complète (c. 15, auditis, **X**, de præscriptionibus, II, 26; et c. 8, illud, **X**, de præscriptionibus, II, 26; c. 3, auditis, **X**, de in integrum restitutione, I, 41; l. 3, sicut in rem, *Cod.*, de præscriptione XXX vel XL annorum, VII, 39; l. 1, super annali; et l. 2, ut perfectius, *Cod.*, de annali exceptione, VII, 40).

Hostiensis aborde maintenant la grave question : combien d'actes faut-il pour introduire une coutume ? *Quot actus consuetudinem inducant?*

*** Deux actes, etc., ai-je dit : car un acte doublé introduit une coutume (*Grat.*, c. 25, ita nos, C. XXV, q. 2; et l. 3, nemo deinceps, *Cod.*,

criptio odiosa et ideo restringenda, ff. de lib. et posth. cum quidam. T. de concessione præb. constitutus et de decimis, tua. T. de donatio. cum dilecti in fi.

* *Omnes tamen canonistæ dicunt spectandum tempus 40 an. Sic intellige T. de elect. Cumana et de causa possessio. et proprie. Cum ecclesia sutrina, et similia, et hoc expressum comprobatur. T. de censi. olim, ubi non profuit tempus 36 annorum.*

** *Sequitur in descriptione: nullo actu contrario interruptus et bene; alias enim non esset completa præscriptio. T. de præscriptio. auditis et c. illud in fi. T. de in integrum restituito. auditis. C. de præscriptio. 30 an. sicut in rem, et de annali except. l. 1 et l. ut perfectius.*

*** *Ideo dixi in descriptione binario, etc. quia binus actus inducit consuetudinem 25 q. 2 ita nos; C. de episc. audi. l. 3; ff. de servo cor. Neratius § 1;*

de episcopali audientia, I, 4; et aussi, l. 11, Neratius, *Dig.*, de servo corrupto, XI, 3; et enfin, Nov. XV, de defensoribus civitatum, c. 6, quia vero). Mon maître disait, il est vrai, que ces textes s'appliquaient seulement dans les cas de délit, et que, pour la coutume, il suffisait qu'il y ait un long usage (§ 9, ex non scripto, *Instil.*, de jure naturali, I, 2 : c'est dans ce passage, disait-il, qu'est décrite la coutume). — D'autres juristes exigent dix jugements semblablement rendus, par comparaison avec les dix brebis exigées pour former un troupeau (l. 3, oves, *Dig.*, de abigeis, XLVII, 14). Aussi bien, pour éclairer ces discussions, convient-il de noter qu'il y a quatre moyens de prouver l'existence d'une coutume.

Hostiensis est ainsi amené à passer en revue les divers modes de preuve de la coutume : *comment la coutume doit-elle être prouvée et par combien de modes peut-elle l'être?* se demande-t-il. « Qualiter probari consuetudo debet et quot modis? » Mais, avant de répondre à cette question, il importe, dit-il, de signaler les opinions curieuses qui mettent en doute que la coutume puisse être prouvée.

* Il y a, en effet, des juristes qui affirment que la coutume ne peut être prouvée que si on prouve, d'abord, qu'elle a été introduite sans discussion et d'une façon pacifique (c. 10, dilecti, **X**, de officio archidiaconi, I, 23); puis, par quelqu'un qui était apte à prescrire (c. 7, causam quæ, **X**, de præscriptione, II, 26); et encore, faut-il qu'il s'agisse d'une cause et d'un droit susceptibles d'être prescrits (c. 5, quum inter vos, **X**, de consuetudine, I, 4; c. 12, quum non liceat, et c. 16, quum ex officii, et c. 20, quoniam omne, **X**, de præscriptionibus, II, 26). De même, selon certains autres, il faudrait prouver que la coutume a été introduite par jugement contradictoire et que celui qui en a fait usage, l'a fait dans l'intention de créer un droit pour l'avenir (arg. l. 1, prætor ait, § Julianus ait, et l. 7, si per fundum, *Dig.*, de itinere actusque privato, XLIII, 19; l. 25, servi-

in autenti. de defen. civit. § fi. Collat. 3. Quod dominus meus dicebat locum habere in delictis; sed in consuetudine sufficit quod ita obtentum sit longo tempore. Institui. de jure natu. § ex non scripto. ubi dicebat tradi descriptionem consuetudinis. Alii dicunt quod necesse est ut sic fuerit decies judicatum sicut decem oves faciunt gregem ff. de abigeis l. fi. In his dissensionibus credo notandum quadruplicem modum probandi consuetudinem, ideo videamus.

* *Et certe dicunt quidam quod probari non potest, nisi probetur quod sic obtentum fuerit sine interpretatione et pacifice. T. de officio Archidi. c. ult. § ultimo. et a tali qui præscribere potuit, alioquin contra. T. de præscrip. causamque. Et tale jus quod præscribi potuit, alioquin contra. T. eo, cum inter vos. T. de præscrip. cum non liceat et cum ex officii et c. ult. respon. 1. — Item secundum quosdam probari oportet quod in contradictorio judicio sit obtenta et quod utens eo animo usus fuerit, ut intendat in posterum jus habere.*

tute, *Dig.*, quemadmodum servitutes amittuntur, VIII, 6); et encore, que la majeure partie du peuple s'en est servie, et aussi, qu'elle a été introduite avec le consentement du souverain, et non pas simplement tolérée par lui (c. 18, quum jamdudum, **X**, de præbendis et dignitatibus, III, 5; c. 9, literas, **X**, de concessione præbendæ, III, 8, mais, dans ce dernier texte, la coutume n'est pas raisonnable); et enfin, que ce n'est pas par erreur, mais bien sciemment, que la coutume a été introduite. C'est ce que note Jean (Jean Bassianus sans doute). Mais cette opinion ne me plaît pas en tout, déclare Hostiensis, car elle introduit, dans la question de la preuve de la coutume, des difficultés énormes et même des quasi impossibilités. Aussi convient-il de dire qu'il y a quatre modes de preuve de la coutume.

* *Premier mode de preuve de la coutume* : c'est le peuple ou le souverain, — il faut bien remarquer la conjonction *ou*, Hostiensis n'ignore aucune des questions qui seront soulevées dans l'avenir, — qui a introduit cette coutume, laquelle n'a cependant pas été rédigée par écrit, et la coutume a été mise en pratique pendant un temps long, sans qu'aucun acte contraire ait été posé (*Grat.*, c. 8, jus civile; et c. 5, consuetudo, dist. I; et c. 4, constitutio, dist. II; § 10, et non ineleganter, *Institut.*, de jure naturali, I, 2). — Mais, dans ce premier mode de preuve, la coutume peut-elle être alléguée avant que le long laps de temps soit écoulé? Oui; mais on pourrait prouver qu'on ne doit pas juger selon la coutume alléguée, parce que le peuple a agi contrairement à cette coutume dans l'espace de dix ans, le souverain le sachant et le tolérant; dès lors la coutume cesserait de valoir (*Gratianus*, § leges, post can. 3, in his, dist. IV; l. 32, de quibus, *Dig.*, de legibus, I, 3). — C'est ainsi que je pense avec mon

arg. ff. de itinere actuque priva. l. 1, § Julianus recte ait, et l. ult; et quemadmodum servi amit. l. ult. Item quod major pars populi usa sit. Item quod de conscientia principis inducta sit, non tantum tolerata. T. de præb. cum jamdudum et de concessio. præb. litteras. Sed certe ibi non est consuetudo rationabilis. Item quod non per errorem, sed ex certa scientia sit inducta. hoc notat Joa., sed non placet per omnia quia de diversis modis probandi consuetudinem difficultatem, imo quasi impossibilitatem probationis induxit. Ideo dic quod quatuor modis probatur.

* *Primo quia populus vel princeps ista statuit; non tamen in scriptis redegit; et per longum tempus duravit, quod non fuit factum contrarium, ... ad hoc di. I, jus civile, et c. consuetudo, di 2., constitutio; Institutio de jure nat. § et non ineleganter. Sed numquid in hoc casu potest allegari ante lapsum longi temporis? Sic. Sed posset probari quod non est judicandum secundum eam, quia populus contra operatus est infra decennium, sciente promulgante et tolerante. Unde non valet : di. 4 § leges et ff. de legi. de quibus. Sic intelligo cum domino*

maître (1), étant donné qu'il suffit qu'on prouve que la coutume a duré un temps long; c'est ainsi que j'entends le canon 5, *consuetudo, Decreti prima pars, Distinctio I*; et, en conséquence, je pense que si, après le laps de dix ans, on agit contrairement à la coutume, cette manière de faire ne nuit pas à la coutume déjà prescrite, à moins qu'une seconde prescription ne soit elle-même achevée (c. 6, *quum ecclesia Vulterana, X, de electione, I, 6*).

* *Second mode de preuve de la coutume* : on a jugé deux fois, selon la coutume alléguée, pendant un temps long; mais les jugements n'étaient pas contradictoires (ce qui permet de distinguer le second mode de preuve du troisième). Il suffit donc ici de prouver qu'il y a eu deux sentences rendues conformément à la coutume : car, un acte deux fois répété introduit une coutume, même si on ne prouve pas que la coutume a été introduite par jugement contradictoire. C'est ainsi que j'entends les mots « les preuves de ce qui est souvent admis dans la ville comme sentence, relativement aux causes du même genre, ayant été fournies », mots qui figurent dans la loi 3, *an in totum*, du Code, titre 10, de *ædificiis privatis*, livre VIII, et aussi dans la loi I, *præses provinciæ*, Code, *quæ sit longa consuetudo*, VIII, 52; ou bien encore, on prouvera que par deux fois on a fait usage de la coutume, continue Hostiensis : par exemple on a pris part deux fois à une élection; donc on doit y prendre part

meo (1) *quia sufficit quod probetur ita obtentum fuisse per longum tempus et sic intelligo di. 1. consuetudo. Ideo dico quod si post lapsum decennii factum sit contra, non obest consuetudini præscriptæ, nisi forte et secunda præscriptio completa esset. Sic intellige T. de elec. cum eccle. Vulterana § 1.*

* *Secundo probatur quod bis judicatum infra longum tempus secundum consuetudinem allegatam, non contradictam ut differat a sequenti. Hic sufficit quod probetur bina sententia; et sic binus actus consuetudinem inducet, quamvis non probetur, quod sic sit statutum vel obtentum sit in contradictorio iudicio, sic intelligo verbum « probatis his quæ frequenter, id est bis, in eodem genere causarum sententiatum est in oppido ». C. de ædific. priva. l. 3, C., quæ sit longa consuetudo, l. 1. vel probatur quod his ita usus est : quia interfuit binæ electioni sic debet interesse, dummodo tempus legitimum sit elapsum.*

(1) A Bologne Hostiensis avait suivi les cours de Jacques Balderini et de Homobonus pour le droit romain et ceux de Jacques d'Albenga pour le droit canon; mais, dans le *Proemium de la Summa aurea*, n° 5, col. 5, Hostiensis déclare que c'est Jacob. de Bel., qu'il appelle son maître. Jacobus de Bel. est plus connu dans les ouvrages français sous le nom de Jacques Baudoin, Jacobus Balduini ou Balduinus; il est aussi appelé Jacques Balderini; il serait mort en 1235 (voir Phillips : *Sources du Droit ecclésiastique*, p. 239). — Ne pas confondre ce Jacobus de Bel. avec Jacobus de Belvisio (Jacques Beauvoir), né à Bologne en 1270, mort en 1335, qui, lui aussi, a enseigné le droit et a laissé quelques écrits : *De excommunicatione*; — *Practica criminalis*; — *Quæstiones, Disputationes, Repetitiones* (Schulte, II, p. 233).

dans l'avenir, pourvu que le laps de temps requis pour la prescription soit écoulé. Sur ce point je me sépare de l'opinion de mon maître; car il n'avait pas connaissance des décrétales suivantes : c. 34, venerabilem, et c. 50, Cumana, **X**, de electione, I, 6; c. 3, quum ecclesia Sutrina, et c. 7, quum olim, **X**, de causa possessionis, et proprietatis, II, 12; décrétales qui envisagent, non seulement les cas de délits, mais aussi les autres cas, comme il apparaît à première lecture. Néanmoins un acte, même deux fois répété, ne suffirait pas sans prescription, tandis qu'un seul acte suffirait s'il y a prescription, parce que la possession s'acquiert par un acte même unique d'usage (l. I, ait prætor, § 4, quod autem, *Dig.*, de aqua cottidiana et æstiva, XLIII, 20; l. 20, servitutes quæ in superficie, *Dig.*, de servitutibus prædiorum urbanorum, VIII, 2). Voir, dans le même sens, l. 14, cum talis, *Cod.*, de servitutibus et de aqua, III, 34; l. 1, si probaveris, *Cod.*, de fideicommissis, VI, 42; c. 9, quum Martinus, **X**, de constitutionibus, I, 2; c. 22, pro illorum, **X**, de præbendis et constitutionibus, III, 5. Cependant, en sens contraire, l. 1, prætor ait, § 11, si tibi, *Dig.*, de itinere actuque privato, XLIII, 19, selon Vinc (1).

* *Troisième mode de preuve de la coutume.* — La coutume a été consacrée par un jugement contradictoire (c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, V, 40; l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). On objecte, il est vrai, que ce n'est pas en s'appuyant sur des exemples, mais bien sur des lois, qu'on doit juger (l. 13, nemo, *Cod.*, de senten-

In hoc recedo a sententia domini mei, quia non viderat decretales T. de electione venerabilem ad fi. et Cumana; T. de cau. poss. et proprie. cum ecclesia sutrina et c. cum olim, quæ loquuntur nedum in delictis, imo et in aliis, ut ex ipsarum lectione colligere liquet. Sed binus actus sine præscriptione non sufficit, licet forte unus actus sufficeret cum præscriptione, quia per unicum usum possessionem acquiri, ff. de aqua quotidiana et aest. l. 1. § quod autem; et de servi. urba. prædio. l. servitutes quæ in superficie in prin. arg. C., de servi. cum talis et de fideicom. l. 1; supra de consti. cum M.; T. de præb. pro illorum est. Tamen contra; arg. ff. de itinere actuq. priva. l. 1 § 2 secundum Vinc. (1).

* *Tertio modo consuetudo probatur quia obtenta fuit in contradictorio iudicio. T. de verbo. signif. abbate; ff. de legibus, cum de consuetudine. Sed contra quia non est exemplis, sed legibus iudicandum. C. de sententiis et interlo.*

(1) Très vraisemblablement Vincent dit l'Hispanus, disciple d'Accurse, contemporain de Raymond de Pennafort, qui enseigna le droit canonique à Bologne et composa l'une des premières gloses sur les Décrétales de Grégoire IX. La glose de Vincent est pleine de développements suggérés par le droit romain, et Tancredè s'en est inspiré. Vincentius Hispanus mourut évêque de Saragosse, en 1244 (Hurter, II, p. 301). — Ne pas confondre Vincentius Hispanus avec Vincent de Beauvais dont il sera parlé plus loin (note p. 204).

tiis et interlocutionibus omnium iudicum, VII, 35). Aussi certains juristes disent-ils qu'il est nécessaire de prouver que le juge a rendu sa sentence avec l'intention que, dans l'avenir, il sera jugé de même. Cette restriction ne me plaît pas. Car on ne doit pas restreindre les moyens de fournir les preuves (l. 21, *quoniam multi*, *Cod.*, de hæreticis et manichæis, I, 5; l. 12, *generaliter*, § 1, *omne igitur*, *Cod.*, de rebus creditis et de jurejurando, IV, 1; l. 22, *curent*, *Dig.*, de testibus, XXII, 5). Aussi bien, je dis que ce n'est pas en s'appuyant sur des exemples que le jugement est rendu, mais en s'appuyant sur la coutume qui, elle, est prouvée par des exemples et qui a été consacrée dans un jugement contradictoire.

* Que celui qui en appelle à la coutume, prenne donc bien ses précautions, ajoute Hostiensis, voulant prémunir ses disciples contre un danger subtil de procédure. Car, si l'on dit: c'est ainsi que l'on doit juger parce qu'il a été jugé de la sorte, on propose la preuve d'une manière défectueuse; on déclare en effet que c'est sur des exemples qu'il faut juger. Mais il faut dire: il faut juger ainsi parce que telle est la coutume de la région; et alors, pour prouver la coutume, on déclarera qu'il a été prononcé, conformément à cette coutume, par jugement contradictoire. Voilà la bonne manière de proposer la preuve de la coutume; il y a, en effet, présomption que le juge n'aurait pas rendu sa sentence de cette façon si, auparavant, on n'avait fait devant lui la preuve de la coutume (c. 23, *bonæ memoriæ*, *X*, de electione, I, 6)...

** *Quatrième mode de preuve de la coutume.* L'usage est si ancien et si répandu que, de temps immémorial, rien de contraire n'a été fait (c. 37, *venerabilis*, *X*, de præbendis, III, 5). Ici, inutile de prouver l'existence

omnium judi. nemo. Ideo dicunt quidam quod necesse est probare judicem eo animo pronuntiassse quod de cetero sic pronuntiaretur in futurum. Sed hoc mihi non placet quia facultas probationum angustanda non est. C. de heretic. et man. quoniam multi in fi., et de re. credi. generaliter, I respons. ff. de testibus curent. Sed dico quod non judicatur exemplis, imo consuetudine, quæ per exempla probatur et quæ in contradictorio judicio obtenta fuit.

* *Caveat ergo sibi allegans consuetudinem, nam si dicat ita pronunciatum, quia sic fuit pronunciatum, male proponit; quia sic dicit judicandum exemplis. Sed si dicat ita pronunciatum, quia talis est consuetudo terræ, et ad probandum consuetudinem inducat, quod pronunciatum fuit secundum eam in contradictorio judicio bene proponit; quia præsumitur quod iudex non sic pronuntiasset nisi et coram eo consuetudo probata esset. arg. de elec. bonæ § contra et sequenti si non.*

** *Quarto quia probatur quod ita obtentum fuit in tantum ut nec extat memoria quod contra factum sit. T. de preb. venerabilis. Hic non est necesse*

d'un statut, ni celle d'une sentence (l. 3, hoc jure, § 4, ductus, *Dig.*, de aqua cottidiana et æstiva, XLIII, 20; l. 2, in summa, § 7, idem Labeo, *Dig.*, de aqua et aquae pluviae arcendæ, XXXIX, 3). — Bien mieux, s'il a été prouvé que des témoins ont été souvent appelés d'une ville dans une autre, pour témoigner de l'existence de la coutume, la loi affirme qu'on doit s'en tenir à la coutume (l. 3, Testium, *Dig.*, de testibus, XXII, 5). C'est ainsi qu'il faut entendre l'opinion émise par Placentin et Columbi. — Voici terminées les discussions sur les divers modes de la coutume; et ainsi, apparaît la raison pour laquelle il a été parlé dans la définition de la nécessité d'un acte deux fois répété.

* Il est dit ensuite dans cette même définition du début : *Usage reconnu comme bon par la manière commune de faire de ceux qui agissent*. Or, c'est à juste titre que cela a été ajouté, comme le prouvent les textes suivants : § 9, ex non scripto, § 11, sed naturalia, *Instit.*, de jure naturali, l. 2; et *Grat.*, c. 5, consuetudo, dist. 1. Ici, on fait donc appel au premier mode de preuve de la coutume indiqué plus haut. Dès lors la coutume est comme une habitude générale (*Grat.*, c. 5, consuetudo, Dist. 1). Il est donc requis que la majeure partie du peuple en fasse usage; car, de même qu'une minorité ne peut créer une loi, de même elle ne peut introduire une coutume, selon Jean. En conséquence, un individu pris en particulier ne peut invoquer sa manière de faire comme constituant une coutume opposable aux autres, quand bien même il dirait qu'il a acquis ce droit contre beaucoup; mais la multitude, elle, peut alléguer sa manière de faire contre un individu, car beaucoup l'emportent sur un seul (l. 13, venditor, *Dig.*, communia prædiorum, VIII, 4). Et en voici la raison : c'est que, seuls, des collèges ou des corpo-

quod probetur statutum nec quod probetur sententia. 3 q. VI, hæc quippe, ff. de aqua quotidiana et æst. hoc jure § ductus aquæ; et de aqua plu. arc. in summa § idem Labeo. Imo et si probetur quod testes de una civitate ad aliam sæpe vocati fuerint, huic consuetudini standum esse affirmat lex. ff. de testi. l. 3, § fi. Et sic intellige sententiam Placen. et Columbi... Ergo de diversis modis probandi consuetudinem fecerunt dissensiones... Et sic patet quare dixi in descriptione binario actu, etc.

* *Sequitur in descriptione usu communi utentium comprobato. Et bene : Instit., de jure natu. § ex non scripto, et sed naturalia in fi.; di. 1. consuetudo. Et tangitur hic primus modus probandi consuetudinem quando dic. ut s. e. § qualiter. Inde consuetudo quasi communis assuetudo di. 1. consuetudo in fi. Requiritur ergo quod major pars populi sic usa fuerit, quia sicut minor pars non potest condere legem, sic nec consuetudinem inducere secundum Joan... Et ex hoc videtur quod unus solus non possit allegare consuetudinem, quamvis dicat se contra multos acquisivisse, licet multi contra unum possent ff. comm. præd. venditor; et est ratio quia sola collegia seu corpora*

rations peuvent acquérir des droits semblables (l. 3, leges, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; et qu'on n'objecte pas les chapitres suivants : c. 10, dilecto, **X**, de officio archidiaconi, I, 23; et c. 12, accedentibus, **X**, de excessibus prælatorum, V, 31. Car, dans ces chapitres, chaque membre acquiert au nom de sa dignité, et non en son nom propre. — De même une église acquiert contre une autre église (c. 6, quum venissent, § 1, de institutionibus, III, 7).

Hostiensis cite maintenant quelques cas particuliers qui confirmeront la théorie précédemment établie.

* Que faut-il donc penser d'un soldat qui a coutume de ramasser du bois dans la forêt d'autrui? Il doit agir en invoquant une convention et en disant qu'il l'a prescrite; et, pour prouver son affirmation, il invoquera la passivité du propriétaire pendant le laps de temps requis pour la prescription. C'est ainsi que je comprends, suivant en cela mon maître, la loi 10, si quis diurno, *Dig.*, de servitus vin., VIII, 5; et la loi 1, si cui, *Dig.*, de aqua et aquæ pluvie arcendæ, XXXIX, 3; et encore, la loi 5, apparet, *Dig.*, de itinere actuque privato, XLIII, 19.

** D'où il résulte aussi que, si l'usage a été introduit par erreur, il n'y aura pas coutume valable (l. 39, quod non ratione, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). Certains juristes disent cependant que, même s'il y a eu erreur, la coutume vaut, mais qu'on ne pourra l'étendre aux cas semblables : par exemple, disent-ils, une coutume a pris naissance dans la ville de *Panigali* (Panicale, dans l'Ombrie), mais c'est par erreur. En vertu de cette coutume, si quelqu'un me conduit du vin dans un chariot, le péril de perte devient mien dans le cas d'effusion du vin, dès le moment où j'ai mis la main sur le chariot (ce que j'ai fait par inadver-

ipsa acquirere possunt. C., quæ sit longa consuetudo l. fi. nec obst. T. de offi. archidi. c. fi.; et de excess. plato. accedentibus, quia ibi acquirit singularis, nomine dignitatis suæ, non proprio, sic et una ecclesia contra aliam, ut patet... et comprobatur hoc T. de instit. cum venissent. § 1.

* *Quid ergo si unus miles consuevit colligere ligna in nemore alterius? Dic quod debet agere ex conventionem quam dicat præscripsisse, ad quam probandum inducet patientiam legitimæ præscriptionis... sic intelligo secundum dominum meum ff. si servitus vindicetur : si quis diurno; ff. de aqua plu. arce. l. 1. § fi. et de itinere actuque privato l. apparet § si quis servitutum.*

** *Per hoc etiam videtur quod si per errorem inducta est, consuetudo non erit. ff. l. et quod non ratione. Quidam contra. Erit enim consuetudo, quamvis erronea, sed in ceteris similibus non obtinebit. Ponunt tale exemplum. Inductum est de consuetudine in Burgo Panigali et per errorem, quod si quis mihi ducat vinum in plaustro, ex quo ego apposuerim manum ad plastrum, peri-*

tance, donc par erreur). Une telle coutume aura bien valeur, dans l'avenir, pour le transport du vin. Mais aura-t-elle valeur pour le transport des autres liquides, comme l'huile, le miel ou autres liquides semblables? Non, disent-ils; et cependant, si ce n'était pas par erreur que la coutume avait été introduite, elle serait étendue aux cas semblables (l. 38, *nam imperator, Dig., de legibus senat., I, 3*). Pour nous, déclare Hostiensis, en ceci il n'y a rien de certain, parce qu'une coutume ne vaut que si elle est raisonnable. Or, si une coutume est introduite sous le couvert d'une erreur, elle n'est pas raisonnable et ne jouit pas du consentement requis pour sa validité (l. 15, *si per errorem, Dig., de jurisdictione, II, 1*; l. 2, *consensisse, Dig., de judiciis, V, 1*).

* Autre cas : que convient-il de penser de la coutume, observée par plusieurs, selon laquelle chacun peut, de sa propre autorité, forcer son débiteur à gager ce qu'il doit. Je dis que cette pratique n'est pas sans valeur entre ceux qui, de fait, l'observent; mais, cependant, je juge cette pratique non raisonnable à cause des rixes, blessures et homicides qui peuvent résulter de l'établissement du gage. Aussi, à mon avis, une telle pratique, même prescrite de quelque façon que ce soit, ne peut abroger la loi. (c. 11, *quum tanto, X, de consuetudine, I, 4*; l. 13, *exstat, Dig., quod metus causa gestum erit, IV, 2*; l. 8, *equis, Dig., de usuris, XXII, 1*; l. 5, *illud convenire, Dig., de pactis dotalibus, XXIII, 4*; l. 6, *ne quis, Cod., de Judaeis, I, 9*; c. 7, *si quis in tantam, Cod., unde vi, VIII, 4*; c. 5, *ceterum, X, de juramento calumniæ, II, 7*; c. 3, *constitutus, X, de fidejussoribus, III, 22*; c. 4, *Potuit, X, de locato et conducto, III, 18*...

** Que penser encore de la pratique ou des statuts de certains lieux où on fixe, à l'avance, la somme d'argent que devra payer le coupable

culum effusionis ad me pertinet. Hoc bene observabitur in vino de cetero. Sed numquid idem in aliis liquidis, puta oleo, melle vel similibus? Non, quamvis si per errorem inducta non esset; procederetur de similibus ad similia; ff. T. eo. nam imperator. C. eo. l. 1. sed certe nihil est secundum nos, quia non valet consuetudo, nisi rationabilis... sed si erronea est, non erit rationabilis, nec consensu inducta. ff. de jurisdictione om. judi. si per errorem et de judi. l. 2.

* *Quid ergo de consuetudine quam quidam servant scilicet quod quilibet valeat auctoritate propria pignora debitorum suorum, dico quod non est vilis auctoritatis inter eos qui de facto eam servant, sed tamen eam irrationabilem judico prompter rixas et vulnera et homicidia quæ inde provenire possunt. Et ideo, meo judicio, quantumcumque præscripta sit, non vincet legem. T. c. e. ff. qd. met. causa. extat, et de usur. equis, et de pac. dot. convenire. C., de Judaeis nullus, et ne quis in causa sua judi. et unde vi. si quis in tantam. T. de jura. calum. ceterum et de fidejus. constitutus.*

** *Quid de consuetudine sive statutis aliquorum locorum, ubi limitatum*

s'il commet, soit un homicide, soit un autre délit? Il faut dire qu'une telle pratique ne vaut pas, parce que, par de telles conventions, les hommes seraient portés à commettre des homicides ou autres crimes. Et, en effet, tel individu, qui ne redoute pas une amende, est terrifié par la crainte de la pendaïson (§ 1, *sed ne dum talia*, *Instil.*, vi bonorum raptorum, III, 2; l. 19, in servorum, et l. 16, aut facta, *Dig.*, de pœnis, XLVIII, 10; c. 10, ex parte, **X**, de consuetudine, I, 4; l. 27, si unus, § 4, *pacta*, *Dig.*, de pactis, II, 4; Nov. XVII, de mandatis principum, c. 12, oportet autem...).

Une autre question maintenant.

*** [Qui doit prouver la coutume?]**

C'est celui qui l'allègue, ou celui qui nie que la coutume a été interrompue, si la preuve de la coutume a été fournie (l. 3, an in totum, *Cod.*, de ædificiis privatis, VIII, 10; l. 1, præses, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; c. 8, dilectus, **X**, de consuetudine, I, 4); car, c'est à celui qui allègue un droit que revient la charge de le prouver (l. 5, ab ea parte, *Dig.*, de probationibus et præscriptionibus, XXII, 3). Voir, en sens contraire : c. 2, inter corporalia, **X**, de translatione episcopi, I, 7; c. 15, dilectus, **X**, de temporibus ordinationum, I, 11...

**** [Combien de témoins et quels témoins faut-il?]**

Il faut deux témoins aptes à rendre témoignage (l. 12, ubi numerus, *Dig.*, de testibus, XXII, 5; c. 12, cum esset, et c. 11, relatum, **X**, de testamentis et ultimis voluntatibus, III, 26).

est in pecunia, quantum solvat delinquens, si homicidium vel aliud delictum commiserit. Dic : non valet, quia per talia statuta inducuntur homines ad homicidia et alia crimina committenda. Talis enim non timet pœnam pecuniæ qui suspendio terreretur. Ad hoc Insti., vi .bo. rap. § sed ne dum talia; ff. de penis in servorum in fi. et l. aut facta § fi. T. eo. ex parte; ff. de pactis si unus § pacta; in autem. de mand. princ. § oportet ergo colla. 3...

*** [Quis debet probare consuetudinem?]**

Si quis eam allegat; vel negans interruptionem si consuetudo probetur (C., de ædefi. priva. l. 3. C. e. l. 1. T. e. cum dilectus § fi.) Sic et qui jus allegat ipsum probare debet. ff. de probatione ab ea parte... Sed contra T. de transla. episc. inter corporalia, § sed neque. T. de tempore ord. dilectus...

**** [Quot et per quos testes?]**

Per duos idoneos ff. de testi. ubi numerus... T. de testa. cum esses et c. relatum...

La réponse donnée par Hostiensis est bien laconique. Il poursuit :

*** Quelle est la coutume qui porte préjudice ?]**

C'est la dernière coutume qui préjudicie à la première; c'est la même solution qui vaut en ce qui concerne les constitutions. Mais c'est la loi subséquente qui supprime les coutumes qui précèdent... Enfin la première coutume est supprimée par la suivante, si la première et la seconde ne peuvent se concilier; car, s'il y a conciliation possible, il est de toute évidence qu'il faut faire concorder les coutumes (*lex unica, cum omnia, Cod.*, de *inofficiosis dotibus*, III, 30). Au surplus, autant que faire se peut, il faut en revenir au droit commun (c. 8, *quum dilectus*, **X**, de *consuetudine*, I, 4). C'est que, en effet, une coutume n'est supprimée par une autre que si, dans le même lieu, ont été introduites des coutumes diverses, et cela, l'une après l'autre; car, si c'est dans des lieux différents que l'une et l'autre coutume existent, chaque coutume a force de loi dans son lieu propre, et il ne convient pas que les coutumes de certains lieux soient abolies par la coutume contraire d'autres lieux (*Grat.*, c. 4, *illud breviter*, et c. 3, *sit sancta*, XII, dist.).

Hostiensis aborde maintenant la question des effets de la coutume :

**** [Quelle est la force (juridique) de la coutume ?]**

La force de la coutume est quintuple. En premier lieu la coutume imite la loi, c'est-à-dire elle supplée à la loi, là où la loi fait défaut (c. 6, *quum olim*, **X**, de *consuetudine*, I, 4; c. 7, de *uxore*, et c. 9, *certificari*, **X**, de *sepulturis*, III, 28; § 9, *ex non scripto*, *Instil.*, de *jure naturali*, I, 2). En second lieu, la coutume interprète le droit quand un doute vient à s'élever relativement à ce droit (c. 8, *quum dilectus*, **X**, de *consuetudine*, I, 4; l. 37, *si de interpretatione*, *Dig.*, de *legibus senat.*, I, 3). En troi-

*** [Quæ cui præjudicet ?]**

Posterior priori... sic et in constitutionibus observatur... sed et lex sequens tollit consuetudinem præcedentem... Verum ita demum tollitur prima consuetudo per posteriorem, si non possunt reduci ad consonantiam, aliàs consuetudinem concordare consuetudini promptum erit, arg. C., de inof. do. l. unica. Sed ad jus commune reducenda est si fieri potest. T. e. Cum dilectus §. fi. Tollitur autem una per aliam quando in eodem loco inductæ sunt diversæ, una post aliam; nam si in diversis, utraque in suo loco obtinebit, nec enim sunt aliquorum consuetudines aliorum contraria consuetudine subvertendæ 12 di. illud breviter et c. sit sancta.

**** [Et de virtute ipsius ?]**

Et quidem sciendum quod quintuplex est. Habet enim consuetudo primo virtutem imitandi. Imitatur enim legem, id est supplet ubi lex deficit T. e. cum olim. T. de sepul. de uxore in fi. et C. certificari. Insti. de jure na. § ex non incerto. Secundo habet virtutem interpretandi jus dubium. T. e. cum dilec-

sième lieu, la coutume abroge le droit. En quatrième lieu, elle déroge au droit existant. En cinquième lieu, elle crée une présomption.

L'énumération de ces divers effets de la coutume fait surgir cette autre question :

* [Combien y a-t-il d'espèces de coutumes?]

Il y a quatre espèces de coutumes : la coutume très générale, la coutume générale, la coutume spéciale, la coutume très spéciale.

Hostiensis définit chacune de ces quatre espèces de coutumes.

** La coutume très générale est celle, par exemple, en vertu de laquelle tous les catholiques prient tournés vers l'Orient (*Grat.*, c. 5, *ecclesiasticarum*, XI, dist.). C'est en s'appuyant aussi sur une telle coutume qu'on dit abrogée la loi qui veut que les patrons ou avocats jurent, à l'ouverture des débats, qu'ils ne défendront pas une cause désespérée contre leur conscience (l. 14, *rem non novam*, *Cod.*, de *judiciis*, III, 1). A ce propos Bul... (1) dit que ce qui est juré est protégé par la loi; et, au contraire, le serment ne serait pas approuvé, mais réprouvé par la coutume (l. 2, *cum et*, § 4, *sed quia veremur*, *Cod.*, de *jurejurando propter calumniam dando*, II, 58). Et, quoique les avocats, qui pour la plupart aiment à subtiliser, à tendre des pièges, et à se déferer le serment l'un à l'autre, embrassent cette glose de Bul..., cependant je n'approuve pas cette opinion; car, je ne pense pas que, contre la loi qui invite les avocats à jurer qu'ils ne défendront pas contre leur conscience une cause désespérée, puisse valoir, soit une cou-

tus § ad fi. ff. e. si de interpretatione. Tertio habet virtutem abrogandi. Quarto derogandi. Quinto præsumptionem inducendi.

* [Quot sunt species consuetudinis?]

Sunt autem quatuor generalissima, generalis, specialis et specialissima.

** *Generalissima ut est consuetudo inter omnes catholicos versus Orientem orare* 11 di. *ecclesiasticarum*; *per hanc dicunt abrogatam legem quæ dicit quod patroni sive advocati jurare debent in initio litis quod contra conscientiam causam non foveant desperatam. C., de jud. rem non novam. Unde dixit Bul. quod juretur lege cavetur. Sed in consuetudine non habetur, sed reprobat. C., de jurejurando. propter calum. l. 2. § et quia veremur... et quamvis advocati pro magna parte cavillosi et malignari volentes et sibi ad invicem deferentes, hanc glosam Bul. amplectantur, ipsam tamen non approbo, quia contra legem illam non puto valere consuetudinem vel desuetudinem, sicut nec valet consue-*

(1) Sans doute Bulgarus, savant jurisconsulte italien, né à Bologne, mort en 1150 ou 1167. Ses contemporains le surnommèrent *Os aureum*. Il est l'auteur d'une célèbre *Summa de judiciis*.

tume, soit une désuétude; de même, ne vaut pas la coutume de ne pas prêter le serment « de calumnia » (c. 5, ceterum, **X**, de juramento calumniæ, II, 7). La même raison en effet s'applique pour s'opposer à la validité de l'une et de l'autre coutume : c'est de ne pas favoriser les péchés mortels, en supprimant le serment, grâce à une prétendue coutume (c. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4). — Aussi bien, quoique fassent ou trament les mauvais avocats, même s'ils ne prêtent pas serment, du moment qu'ils favorisent une mauvaise cause contre leur conscience, ils travaillent pour la géhenne (c. un., ex parte tua, **X**, de scrutinio in ordine faciundo, I, 12; c. 17, diligenti, **X**, de præscriptionibus, II, 26); et peu importe, pour le péril de l'âme, qu'ils ne jurent pas; car Dieu juge, non pas sur les œuvres, mais sur les pensées et l'intention (*Grat.*, c. 12, juramenti, et c. 13, qui perjurare, C. XXII, q. 5). Donc, quoi qu'en ait dit Bul..., si, en ma présence, on exige le serment, je le ferai prêter. Mais comme, en fait, il n'est pas exigé, il se trouve qu'il n'est pas non plus prêté. — C'est aussi, en vertu d'une coutume très générale que Gof. (1) dit que le Concile est abrogé. Je ne le pense pas, mais je dis que, dans les matières dans lesquelles la coutume a le pouvoir d'abroger ou de déroger, la désuétude, elle aussi, a le pouvoir d'abroger. Dès lors, la désuétude ne peut abroger le droit naturel, c'est-à-dire divin, mais elle abroge seulement le droit positif. (C'est ainsi que j'interprète le ch. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4, et la loi 32, de quibus, *Dig.*, de jure naturali, I, 3, et le dictum Gratiani § leges, Decreti prima pars, après le can. 3, dist. IV...) — Toute coutume spéciale de l'église romaine peut d'ailleurs être considérée comme coutume très générale, puisqu'elle doit être observée partout (c. 19, in causis, **X**, de sententia et re judicata, II, 27).

tudo quod de calumnia non juretur. T. de jura calum. ceterum... et est ratio in utroque ne per talem consuetudinem peccata mortalia nutriantur. ar. T. eo c. ult. Et quicquid valent vel palliant pessimi advocati, quamvis non jurent, si contra conscientiam foveant, ædificant ad gehennam. T. de scr. in or. fa. c. unico. T. de præscript. c. fi. et parum refert quo ad periculum animæ, si non jurent, quia Deus non ex operibus judicat, sed ex cogitationibus et ex corde. 22 q. 5, juramenti et c. qui perjurare. Ergo quicquid dixerit Bul. si coram me exigatur præstari faciam. Sed quia non exigitur, ideo non servatur. — Per hanc etiam dicit Gof. (1) abrogatum concilium, quod non credo... in his ergo in quibus consuetudo potest abrogare vel derogare, puto quod desuetudo abroget. Ergo desuetudo jus naturale id est divinum non abrogat, sed tantum positivum. T. e. c. fi. ff. eodem, de quibus, 4 di. § leges... Sed et specialis consuetudo romanæ ecclesiæ, generalissima potest dici, cum ubique tenenda sit. T. de senten. et re judic. in causis...

(1) Sans doute Goffrède, cité par Phillips (p. 226) comme auteur d'un commentaire sur les Décrétales. Goffredus de Trano étudia à Bologne où il eut pour maître Azon; il est mort à Lyon après 1245.

Mais qu'est-ce qu'une coutume générale?

* Une coutume est générale quand ce n'est pas seulement une cité, mais toute une province qui l'observe; par exemple, en Toscane, une coutume générale confiée au chapitre seul, sans intervention de l'évêque, la nomination aux prébendes (c. 31, *quum ecclesia Vulterana*, **X**, de electione, I, 6; c. 5, *ex tuarum*, **X**, de auctoritate et usu pallii, I, 8; c. 7, *quum venerabilis*, **X**, de consuetudine, I, 4). Mais, c'est dans un autre sens qu'il faut entendre l'expression : un interdit général (c. 17, *quum in partibus*, **X**, de verborum significatione, V, 40).

Qu'est-ce maintenant qu'une coutume spéciale?

** Une coutume spéciale est celle qui est observée, d'une façon particulière, dans une cité ou tout autre lieu (l. 13, *venditor*, *Dig.*, *communia prædiorum*, VIII, 4; l. 3; *an in totum*, *Cod.*, de *ædificiis privatis*, VIII, 10; c. 19, *venientes*, **X**, de *jurejurando*, II, 24).

*** Ces deux espèces de coutume, la coutume générale et la coutume spéciale, dérogent au droit dans le lieu, la cité ou la province où elles ont obtenu force de loi, tantôt d'une façon spéciale, tantôt d'une façon générale. Cela est vrai quand la coutume a été introduite postérieurement à la loi; mais il en est autrement, si la loi est survenue postérieurement à la coutume, car, alors, c'est la coutume qui est abrogée (Nov. 1, de *heredibus et falcidia*, c. 1, *His igitur*; c. 3, *constitutus*, **X**, de *fidejussoribus*, III, 22).

Et, passant à la définition de la coutume très spéciale, Hostiensis continue :

**** Il en est de même de la coutume très spéciale selon laquelle on juge dans les cas douteux. Cette coutume très spéciale crée une pré-

* *Generalis vero est quando nedum una civitas, sed tota provincia sic observat, ut in Tuscia, ubi de generali consuetudine, ad capitulum tantum pertinet sine episcopo ordinatio præbendarum. T. de elec. cum ecclesia Vulte. ad fi. sic T. de usu pallii ex tuarum, sicut T. eo cum venerabilis § postmodum. Aliter accipitur generale interdictum. T. de verb. sig. cum in partibus.*

** *Sed specialis quando in una civitate vel in alio loco specialiter obtinet. ff. commu. præd. ven. C., de ædi. pri. l. 3 T. de jurejur. venientes.*

*** *Hæ duæ species derogant juri in civitatesive loco sive provincia, in qua specialiter sive generaliter obtinent; et hoc verum est, si consuetudo post legem inducta sit, alioquin alia lege superveniente vincetur... in autem, de her. et fal. § 1 colla. 1, et T. de fidejus. constitutus.*

**** *Item est specialissima, secundum quam in dubiis judicatur, et hæc*

somption, c'est-à-dire qu'on s'en tient à elle, à moins qu'on n'ait établi la preuve de sa non-existence. Telle est la coutume dite « du père de famille » (l. 50, si servus plurium, § si numerus, *Dig.*, de legatis et fideicommissis, XXX; l. 12, vel universorum, *Dig.*, de pigneraticia actione, XIII, 7; l. 13, qui semisses, *Dig.*, de usuris et fructibus, XXII, 1; c. 3, ex studiis, c. 6, mandata, et c. 15, quum in juventute, **X**, de præsumptionibus, II, 23; c. 54, testimonium, **X**, de testibus, II, 20; c. 4, illo vos, **X**, de pignoribus et aliis cautionibus, III, 21).

* Ainsi donc, conclut Hostiensis, la coutume a cinq vertus et comprend quatre espèces : la première espèce, la coutume très générale, abroge la loi et y supplée; la coutume très spéciale introduit une présomption; les deux autres espèces de coutumes, la coutume générale et la coutume spéciale; qui tiennent le milieu entre les deux extrêmes, changent le droit ou y suppléent, dérogent au droit existant ou l'interprètent.

A nouveau, Hostiensis examine quelques cas concrets présentant des difficultés un peu particulières :

** Supposé, dit-il, qu'il y ait, entre laïques, une coutume propre à une cité ou à une province : par exemple, relativement à un emprunt, une coutume autorise à intenter une action sans présenter de supplique écrite; ou bien, supposons toute autre coutume analogue. Eh bien! une telle coutume, valable entre laïques, devra-t-elle être observée parmi les clercs? Je ne le pense pas, à moins que la coutume n'ait été mise en usage aussi parmi les clercs : les possessions des laïques et des clercs sont en effet distinctes (*Grat.*, c. 7, duo sunt, C. XII, q. 1); aussi la

præsumptionem inducit, cui statur, nisi forte contra probetur : hæc est consuetudo patris. ff. de lega. si servus plurium § si numerus; ff. de pign. act. vel universorum; ff. de usuris qui semisses. T. de præscrip. ex studiis et c. mandata et c. cum in juventute. T. de testi. testimonium. T. de pig. illo vos in fine.

* Sic habet quinque virtutes et quatuor species consuetudinis. Prima species scilicet generalissima habet virtutem abrogandi et supplendi. Ultima vero scilicet specialissima habet virtutem præsumptionem inducendi; duæ vero mediæ scilicet generalis et specialis habent virtutem mutandi seu supplendi derogandi seu interpretandi.

** Sed pone quod inter laicos sit aliqua consuetudo in aliqua civitate sive provincia, puta quod si agitur de mutuo, non offeratur libellus, vel alia quæcumque volueris; numquid talis consuetudo debeat inter clericos observari; non puto, nisi et inter ipsos fuerit sic obtentum, diversæ enim sunt possessiones, ut patet 12 q. 1 duo sunt, et ideo consuetudo unius aliam non adstringit.

coutume des laïques n'astreint-elle pas les clercs (*Grat.*, c. 4, *illud*, et c. 3, *scit*, dist. XII; § 9, *ex non scripto*, *Instit.*, de jure naturali, I, 2); et, de même que le statut des laïques n'astreint pas les clercs, de même en est-il de la coutume... De fait une telle coutume peut être dite onéreuse pour les clercs; donc on ne doit pas la leur appliquer...

* Qu'advient-il donc si un laïque cite un clerc, au sujet d'un emprunt, devant son évêque? D'après ce qui a été dit, il apparaît que le laïque est obligé de présenter une supplique écrite. Mais, si c'est le clerc lui-même qui cite le laïque, relativement à un emprunt, devant les juges ecclésiastiques, sera-t-il obligé de présenter un libelle? Oui, d'après le c. 6, *quum omnes*, **X**, de constitutionibus, I, 2. D'autre part, si le clerc cite le laïque, toujours par rapport à un emprunt, devant un juge séculier sera-t-il forcé de faire une demande écrite? Non; et cela, parce qu'une coutume contraire vaut au for séculier; et le laïque ne sera pas davantage tenu à présenter ce libelle, s'il vient à son tour à citer le clerc en réponse à la première citation qui lui a été adressée (c. 2, *prudentialiam*, **X**, de mutuis petitionibus, II, 4).

** Damase (1) cependant, observe Hostiensis, dit, dans sa Summa, qu'une coutume introduite contre le droit naturel ne peut être confirmée par aucun laps de temps. Quant à la coutume introduite contre le droit positif, il établit une distinction. Si la coutume est introduite contre un droit positif établi dans l'intérêt de ceux mêmes qui en font usage, le droit positif est abrogé par la coutume contraire, car il est

ar. 12 di. illud et c. scit... et instit., de jure na. § ex non scripto. Sicut statutum laicorum clericos non astringit sic nec consuetudo... talis etiam potest dici clericis onerosa, ergo est remittenda.

* *Quid ergo si laicus conveniat clericum super mutuo coram episcopo suo. Patet per dicta quod laicus cogitur libellum offerre. Quid si clericus ipsum conveniat super mutuo consimilibus, numquid cogetur libellum offerre. Sic. arg. T. de constitut. cum omnes. Sed quid si clericus conveniat laicum super mutuo coram iudice seculari, numquid cogetur libellum offerre. Non, cum contraria sit consuetudo in foro seculari; sed nec laicus si ipsum velit reconvenire, arg. T. de mutu. petit. c. 2...*

** *Damasus (1) tamen hanc doctrinam tradidit in summa sua quod consuetudo inducta contra jus naturale, nullo tempore confirmatur... Si vero inducta sit contra jus positivum introductum in favorem utentium tollitur jus*

(1) Damasus, originaire de Bohême ou de Hongrie, fut maître en Décret à Bologne dans la première partie du XIII^e siècle. Il est l'auteur d'un *Ordo judicarius* rédigé vraisemblablement entre 1210 et 1216; puis d'une *Summa* et de *Quæstiones* sur les Décrétales qui sont restées inédites; enfin de *Brocarda seu Regulæ canonicæ* imprimées au XVI^e siècle.

toujours permis de renoncer à une faveur (c. 23, statuimus, **X**, de regularibus, et transeuntibus ad religionem, III, 31; et c. 9, ex continentia, **X**, de crimine falsi, V, 20). Mais, si la coutume est introduite contre un droit positif établi, non pas dans l'intérêt de ceux qui en font usage, mais dans l'intérêt des autres, ce droit positif ne serait pas abrogé par la coutume contraire, à moins que la coutume ne soit prescrite (c. 3, quum ecclesia Sutrina, **X**, de causa possessionis et proprietatis, II, 12; dans ce chapitre la coutume introduite contre le droit de l'église est dite ne pas pouvoir porter préjudice à moins d'être confirmée par le pape (c. 10, ecclesiæ sanctæ Mariæ, **X**, de constitutionibus, I, 2; c. 1, consuetudines, **X**, de consuetudine, I, 4; c. 25, tua, c. 24, a nobis, c. 32, in aliquibus, **X**, de decimis, III, 30).

Et Hostiensis de conclure :

* Il faut dire qu'aucune dérogation ne peut être apportée au droit naturel par la coutume... selon... ce qui est dit dans le chap. 11, quum tanto, du titre 4, de consuetudine, du 1^{er} livre des *Décrétales* de Grégoire IX. Quant au droit positif, — c'est-à-dire au droit humain, qui peut être posé et déposé au gré de celui qui l'établit (§ 6, sed et quod principi, *Instit.*, de jure naturali, I, 2), — il n'y est dérogé par aucune coutume contraire, même prescrite de quelque façon que ce soit, que si la coutume est raisonnable, et une coutume raisonnable n'y déroge, à son tour, que si elle a été légitimement prescrite (l. 2, consuetudinis, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; c. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4).

** Ici, ajoute Hostiensis, il est d'usage de poser une question puérile; c'est celle-ci : de quelle coutume est-il question dans le dernier chapitre du titre de la coutume, c. 11, quum tanto? D'une part, si l'on dit qu'il

per contrariam consuetudinem quia licitum est renunciare. T. de regularibus statuimus. T. de cri. fal. c. fi. cum similibus. Sed si non sit inductum in favorem utentium, sed aliorum, contraria consuetudine non tollitur jus, nisi consuetudo sit præscripta. T. de causa pos. cum ecclesia ubi autem consuetudo inducitur contra jus ecclesiæ, nec præjudicat nisi confirmetur a Papa. T. de constit. ecclesia sanctæ Mariæ, T. e. c. 1. T. de deci. tua et T. eo. a nobis et c. in aliqui bus § ult.

* Tu dicas quod juri naturali per consuetudinem minime derogatur, probatur T. eo. c. fi. rn I; positivo vero id est humano quod pro voluntate condentis ponitur et deponitur; *Instit.*, de jure na § sed quod principi, non derogatur per consuetudinem contrariam quantumcumque præscriptam nisi rationabilis, nec per rationabilem nisi legitime sit præscripta. C. quæ sit longa consuetudo consuetudinis, T. e. c. fi. § unico.

** Consuevit autem ibi formari puerilis questio hæc scilicet de qua consuetudine loquatur ibidem. Si dicis de mala, contradicit tibi vilis auctoritas; si

est question de la coutume mauvaise, les termes « autorité non méprisable » y contredisent; d'autre part, si l'on affirme qu'il s'agit de la coutume bonne, le terme « raisonnable » qui suit y contredit, tout comme l'affirmation que cette coutume ne porte pas préjudice au droit. La réponse à faire est toute simple en prenant un enfant comme exemple : car, de même qu'un enfant à qui on demande lequel il aime davantage de son père ou de sa mère, répond qu'il aime tout autant l'un et l'autre de même il faut dire qu'il est ici question de la coutume et bonne et mauvaise. Et, en effet, dans ce même chapitre il est question de la bonne et de la mauvaise coutume, d'abord, implicitement, et c'est le fait qui est noté; puis, en second lieu, il en est question explicitement, et c'est le droit qui est exprimé. D'où il suit que le paragraphe « licet » du ch. 11, quum tanto, du titre de la coutume, doit s'entendre dans ce sens : bien que l'autorité de la longue coutume ou bonne ou mauvaise ne soit pas méprisable parmi ceux qui l'observent (la preuve s'en trouve c. 7, si in aliam quam, *Dig.*, de officio proconsulis et legati, I, 16; et il est à noter que les impies invoquent les coutumes mauvaises comme des privilèges, *Grat.*, 3, mala consuetudo, dist. VIII), cependant il ne saurait être ici question de la valeur juridique de la coutume. Il faut donc ajouter : la coutume (bonne et mauvaise) ne peut valoir même prescrite, pour porter préjudice au droit positif, que si elle est raisonnable, et, raisonnable (le terme doit être répété avec soin), elle ne peut valoir, pour porter préjudice au droit positif, que si elle est légitimement prescrite. Ainsi donc, ce qu'il faut considérer, ce n'est pas la volonté ou le fait de ceux qui font usage de la coutume, mais bien comment et de quelle manière on doit se servir de la coutume (c. 12, sed licet, *Dig.*, de officio præsidis, I, 18; c. 27, quum causam, *Dig.*, de electione, I, 6; c'est d'ailleurs de la même manière qu'il faut entendre le canon 4, consuetudinis, de la XI^e distinction, de la première partie du décret de Gratien).

dicis de bona, contradicit ibi rationabilis, et ibi præjudicium. Respon. pueriliter, nam sicut puer respondet quod diligit patrem et matrem, sic dico quod loquitur de bona et mala, primo implicite et notat factum secundo explicite et nota, jus. unde secundum hoc, si expones, T. eo. c. ult. § licet enim longævæ consuetudinis, sive bonæ, sive malæ, non sit utilis auctoritas inter eos scilicet qui ea servant... probatur ff. de off. proconsulis si in aliam. Nam et malam assumunt impii pro privilegio 8 di. mala consuetudo; non tamen est de jure. Ideo sequi debeat usque adeo in tantum valitura scilicet præscripta ut juri positivo, usque præjudicium generare, nisi fuerit rationabilis, et repete rationabilis, non est usque adeo valitura usque præjudicium generaret, nisi legitime sit præscripta. Sic non debemus spectare voluntatem, sive factum utentium, sed quomodo et qualiter sit utendum ff. de off. præsidis sed licet et T. de elec. cum causam quæ. Secundum hoc intellige dictam legem quam habes 11 di. consuetudinem.

Et Hostiensis est tout naturellement amené par les considérations précédentes à distinguer avec soin la coutume et la prescription :

* Il faut noter, en dehors de la Somme, dit-il, la différence entre la prescription et la coutume. Selon certains juristes, cette différence consisterait en ce que, là où on invoque la coutume, la preuve contraire serait admise (argument : l. 20, litibus, *Cod.*, de agricolis, censitis vel colonis, XI, 48); tandis qu'elle ne le serait pas dans le cas de la prescription. Nous disons, nous, que, entre la prescription et la coutume, il y a six principales différences.

1^o La première différence, c'est que la prescription s'applique aux choses mobilières et immobilières, corporelles et incorporelles (c. 15, auditis et c. 16, quum ex officii, **X**, de præscriptionibus, II, 26; c. 20, olim, **X**, de censibus, III, 39). La coutume ne s'applique qu'aux choses incorporelles; elle s'applique, par exemple, dans les cas de servitudes, de juridiction, d'élections et choses semblables...

2^o La seconde différence, c'est que la prescription n'est acquise qu'au profit d'un seul individu et au profit d'un particulier, tandis que la coutume n'est pas plus acquise pour celui-ci que pour celui-là; elle l'est pour tous.

3^o La troisième différence, c'est que, pour la prescription, il faut un titre et la bonne foi (c. 17, si diligenti, **X**, de præscriptionibus, II, 26), mais, pour la coutume, on ne requiert pas de titre; on ne requiert que l'usage et un certain laps de temps; c'est l'usage qui tient lieu de titre. C'est ainsi qu'il faut entendre la loi 13, venditor, du titre IV, livre VIII du *Digeste*, communia prædiorum, quoique certains légistes fassent intervenir un pacte dans le cas envisagé; mais la solution serait la même s'il n'y avait pas de pacte (l. 35, sed et ea, *Dig.*, I, 3; et § 9, ex non

* *Extra Summam, notanda est differentia inter præscriptionem et consuetudinem : et hæc est differentia secundum quosdam quia ubi consuetudo prætenditur, admittitur probatio in contrarium (argumentum C., de agri. et cens. litibus). Sed contra præscriptionem non admittitur. Tu dic quod sextuplex est differentia.*

1^o *Prima differentia est quia præscriptio locum habet in rebus mobilibus et immobilibus, corporalibus et incorporalibus. T. de præscr. auditis et c. seq. T. de censi. c. olim. Consuetudo vero in incorporalibus tantum, ut in servi. juridictionibus, electionibus et similibus...*

2^o *Secunda hæc est quia præscriptio acquiritur singulari et privato. Sed consuetudo non acquiritur magis isti quam illi...*

3^o *Tertia est quia in præscriptione exigitur titulus et bona fides, T. de præscr. si diligenti. Sed in consuetudine non requiritur titulus. Hic enim non requiro nisi usum et tempus completum : habet ergo usus loco tituli. Secundum hoc intellige ff. communia prædio. venditor, quamvis quidam intelligant ibi pactum intercessisse. Sed et sine pacto idem esset. ff. eo. sed et ea. Instit., de*

scripto, *Instil.*, de jure naturali, I, 2). C'est donc avec un sage discernement que, pour percevoir les dîmes, un moine allègue la coutume, et non la prescription, contre son évêque ou contre l'église paroissiale (c. 20, ad apostolicæ; c. 29, quum contingat; c. 30, quum in tua; c. 31, dudum, **X**, de decimis, primitiis et oblationibus, III, 30)...

4^o La quatrième différence, c'est que la prescription et le privilège ne coïncident pas toujours (c. 6, inter dilectos, **X**, de fide instrumentorum, II, 22; c. 19, veniens, **X**, de præscriptionibus, II, 26), tandis que la coutume et le privilège coïncident toujours (c. 8, quum dilectus, **X**, de consuetudine, I, 4; c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, V, 40; *Grat.*, c. 8, placuit huic sanctæ, C. XVI, q. 3).

5^o Une cinquième différence peut être notée : la prescription consiste essentiellement, par sa nature, dans une exclusion d'action et supprime le droit de demander (l. 3, si ex multis, *Cod.*, de annali exceptione, VII, 40); la coutume, au contraire, confère essentiellement par sa nature une action ou un droit d'acquérir (c. 47, constitutis; c. 55, in genesi, **X**, de electione, I, 6; c. 13, quum contingat, **X**, de foro competentis, II, 2; c. 3, cum ecclesia, et c. 7, quum olim, **X**, de causa possessionis et proprietatis, II, 12); et en effet la prescription, à proprement parler, ne suppose pas l'usage; aussi prescrit-on contre quelqu'un, parce qu'il n'a pas agi ou parce qu'il n'a pas usé de son droit. La coutume, au contraire, suppose nécessairement l'usage et, quand on l'allègue, on prend soin de faire valoir qu'on a agi de telle manière et qu'on a mis en pratique tel usage, et cela, d'une façon non individuelle, mais générale. La prescription est donc, en quelque sorte, négative et c'est pourquoi on la propose ainsi quand on s'appuie sur elle : vous ne pouvez demander ceci ou faire cela, car j'ai prescrit. Mais la coutume est affirmative; aussi

jur. nat. § ex non scripto. Ergo discretus est monachus si in perceptione decimarum, alleget consuetudinem contra episcopum vel ecclesiam parochialem et non prescriptionem ut patet. T. de dec. apostolicæ et c. cum contingat et c. cum in tua et c. dudum...

4^o *Quarta est quia præscriptio et privilegium aliquoties non concurrunt, T. de fide instr. dilectos § ceterum. T. de præscrip. veniens; sed consuetudo et privilegium bene currunt. T. e. cum dilectus T. de ver. si. abbate; 16 q. 4, placuit huic sanctæ.*

5^o *Videtur et quinta posse notari differentia quia præscriptio de natura sui est actionis sive juris petendi exclusio, arg. c. de an. exc. l. ul. in fi. sed consuetudo de natura sui est actionis sive juris acquisitio, ut apparet T. de elect. constitutis et c. in genesi in fi. T. de fo. comp. cum contingat. T. de causa pos. et proprie. cum ecclesia et c. cum olim. Præscriptio enim proprie usum non respicit, imo enim præscribitur contra aliquem, quia non agit vel non utitur jure suo, consuetudo vero respicit usum et ideo allegatur, quia communiter ita actum est vel usum... Ideo præscriptio negativa respicit, quare sic proponitur : non potes hoc petere, vel non potes hoc facere quia præscripsi. Consue-*

l'invoque-t-on en disant : je puis demander ceci, ou je puis faire cela, car telle est la coutume. Néanmoins, poursuit Hostiensis, ne pourrait-on pas faire appel à la coutume en déclarant : vous ne pouvez pas demander ou faire ceci, car la coutume veut que ceci ne soit pas demandé ou fait? Il semblerait bien que cette manière de faire appel à la coutume soit défectueuse, et cela, pour plusieurs raisons: d'abord, pour les raisons apportées plus haut dans ce même article (au mot *induxi*); puis, parce que la raison dans ce qu'elle a d'essentiel ne peut admettre que le non-être soit la cause de l'être; de plus, à quoi servirait une allégation ainsi formulée? Celui qui allègue une coutume doit en effet la prouver. Or, par la nature même des choses, celui qui nie un fait ne peut pas fournir de preuve que le fait n'a pas existé; car, comment pourrait-on prouver que la coutume est de ne pas demander telle chose ou de ne pas la faire (*Gratianus* : *accusatus*, post c. 1, quod autem, C. VI, q. 5). — Et cependant, c'est la solution contraire qui semble prévaloir : d'abord, c'est cette solution contraire qui est donnée, tant dans le ch. 31, *quum ecclesia Vulterana*, du titre 6, de *electione*, du 1^{er} livre des *Décrétales* de Grégoire IX, que dans le ch. 6, *ea noscitur*, du titre 10, de *his quæ fiunt a prælato sine consensu capituli*, du livre III des mêmes *Décrétales*. Puis, la coutume et le privilège coïncident, comme nous l'avons dit, en parlant de la quatrième différence mentionnée entre la coutume et la prescription; or le privilège octroie la concession que telle chose ne se fasse pas de telle ou telle façon (ainsi en est-il c. 6, si de terra, et c. 15, *accidentibus*, **X**, de *privilegiis*, V, 33); donc cela peut de même être concédé par la coutume. Enfin, la coutume imite la loi; dès lors, de même que la loi ou la constitution introduit, soit des statuts affirmatifs ou préceptifs, soit des statuts négatifs ou prohibitifs, ainsi la coutume peut être proposée, soit affirmativement, soit négativement (c. 5, *ceterum*, **X**, de *juramento calumnie*, II, 7). — Voici donc

tudo vero affirmativa : quare sic proponitur : hoc possum petere vel hoc possum facere, quia talis est consuetudo. Numquid ergo sic potest allegari consuetudo : non potest petere hoc vel facere quia consuetudo est quod hoc non petatur vel non fiat. et certe videtur quod non propter rationes quas supra proxi. ver. induxi. Item quia naturalis ratio non patitur quod non ens sit causa entis. Item quid juvaret hæc allegatio : nam allegans consuetudinem ipsam probare debet. Porro negantis factum, per rerum naturam nulla est probatio. VI q. ultima § actor. Sed contra videtur expressum T. de ele. cum ecclesia Vulterana ad fi. et de his quæ fi. a præla. sine consen. ca. ea noscitur. Item consuetudo et privilegium concurrunt ut ibi et nô. supra e. ver. quarta. — Sed per privilegium conceditur, ne sic quid fiat ut T. de privil. si de terra et c. accidentibus. ergo et per consuetudinem. Item consuetudo legem imitatur... Ergo sicut lex seu constitutio inducit statuta affirmativa sive præceptoris, negativa seu prohibitoria... ita et consuetudo, pro et contra. T. de jura. cal. ceterum. Solutio

la solution qu'on peut présenter : d'abord, la coutume s'appuie, à proprement parler, sur l'usage, et la désuétude sur le non-usage; puis, de même que l'être et le non-être sont contraires, de même la coutume et la désuétude le sont..., la coutume introduit un droit, la désuétude en prive..., mais, tout comme la prescription dépasse parfois sa nature (l. 8, si quis emptionis, *Cod.*, de præscriptione, XXX vel XL annorum, VII, 39), ainsi la coutume s'élève aussi parfois au-dessus de sa nature propre, comme cela ressort des opinions contraires mentionnées ci-dessus. D'où il résulte que l'on doit dire que la coutume peut porter sur des choses négatives, toutes les fois qu'elle peut être prouvée; mais une telle preuve, portant sur des choses négatives, peut-elle jamais être fournie?

Et, ayant indiqué la sixième et dernière différence qu'il veut signaler entre la prescription et la coutume, Hostiensis pose un cas de conscience très intéressant :

* En vertu d'un mandat du pape, dit-il, quelqu'un a été reçu comme chanoine pour la première prébende qui viendra à vaquer : ce chanoine sollicite la faveur d'être admis à traiter les affaires courantes du chapitre; les chanoines refusent de l'admettre dans leur conseil, en disant que la coutume de leur église veut que personne ne soit admis à prendre part aux affaires courantes sans qu'une prébende ne lui ait été assignée. Le cas n'est pas chimérique : je l'ai vu réalisé en fait. Or je pense que la coutume invoquée ne fait nullement obstacle à ce que le chanoine prenne part aux délibérations du chapitre, et cela, pour les raisons suivantes : d'abord, la coutume alléguée porte sur une chose négative et, à ce titre, sa valeur est douteuse; puis, la coutume invoquée va contre la substance même de la chose, c'est-à-dire contre ce que suppose essentiellement la réception faite d'un chanoine à une prébende future; de

proprie loquendo, consuetudo respicit usum, desuetudo non usum. Item sicut est et non est contraria sunt, sic consuetudo et desuetudo, unde consuetudo inducit de. privat. assuetudinem. sed sicut præscriptio transcendit aliquoties naturam suam; ut c. de præscri. 30 annorum si quis emptionis, sic et consuetudo ut apparet in contrariis supra signatis. Dicis ergo quod consuetudo semper potest respicere negativam ubicumque probari potest. sed si nullo modo posset probari.

* *Quid si quis de mandato papæ receptus in canonicum ad præbendam vacaturam, petat se admitti ad communes tractatus; sed canonici nolunt ipsum admittere, dicentes quod consuetudo ecclesiæ est quod nullus admittatur ad communes tractatus quousque præbendam fuerit assecutus. Hanc quæstionem vidi de facto et puto quod talis consuetudo non obsit. Tum quia negativum respicit ut dictum est, tum quia est contra substantiam rei, tum quia maliciosa seu invidiosa videtur, in nullo enim relevantur canonici si hunc de novo recep-*

plus, la coutume prétendue est maligne et respire l'envie : et, en effet, quels avantages peuvent donc bien retirer les chanoines, en refusant d'admettre dans les délibérations des affaires courantes ce chanoine nouvellement regu, sinon celui de nuire à ce chanoine en enchaînant son droit ? Aussi ces chanoines ne doivent-ils pas être entendus (l. 38, in fundo, *Dig.*, de rei vindicatione, VI, 1). Enfin, la coutume à laquelle il est fait appel est non raisonnable ; elle s'oppose en effet à ce que l'avis de ce nouveau chanoine soit sollicité ; et cependant un jugement offre d'autant plus de garantie qu'il est instruit par des juges plus nombreux (*Grat.*, c. 3, de quibus, XX, dist. ; l. 32, quæstionem, *Cod.*, de fideicommissis, VI, 42 ; c. 21, prudentiam, **X**, de officio et potestate judicis delegati, I, 29). — Au surplus, qu'on n'objecte pas que ce nouveau chanoine est jeune ou quelque peu sans expérience ; car, c'est une coutume pernicieuse qui exige que, dans certaines églises, les prêtres nouvellement ordonnés ne prennent pas la parole en présence des évêques, tout comme si les évêques portaient envie à ces prêtres ou dédaignaient de les écouter ; l'apôtre saint Paul n'a-t-il pas dit en effet : si quelque autre chose (donc quelque chose de mieux) a été révélé à celui qui est assis (donc au plus petit et à l'inférieur), que le supérieur (donc le plus grand) se taise ; car la gloire du père est, — c'est-à-dire doit être, — un fils sage (*Grat.*, c. 7, esto subjectus, dist. XCV). — Et ce n'est pas davantage une objection valable de dire que ce chanoine nouvellement regu ne pourrait pas être puni par le chapitre, dans le cas où il viendrait à commettre un délit ; car, s'il est vrai qu'il ne pourrait être privé de la prébende qu'il ne possède pas, ni être excommunié, puisque le chapitre n'a pas le pouvoir de porter une telle peine, cependant, il pourrait être exclu précisément des délibérations qui règlent les affaires courantes (c. 11, ex literis, **X**, de constitutionibus, I, 2).

tum non admittatur ut nisi officiant et jus suum impedian. ergo non sunt audiendi, ut ff. de rei vindicatione in fundo. Tum quia est irrationabilis; impedit enim ne istius consilium requiratur, et tamen fidius est iudicium quod a pluribus quæritur, 20 di. de quibus C., de fideic. l. fi. T. de of. dele. prudentiam resp. I ad fi. Nec obest si juvenis est vel simplex. Ideo dicit capitulum quod videtur satis solvere quæstionem pessimæ consuetudinis est, in quibusdam ecclesiis, facere presbyteros præsentibus. Episcopis non loqui, quasi eis invideant, aut eos dedignentur audire. Sed si aliud, id est melius, inquit Apostolus Paulus, revelatum fuerit sedenti, id est minori, prior id est major taceat. Gloria enim patris est id est esse debet filius sapiens, 95 di. esto subjectus. Nec obest quod non posset puniri per capitulum, si delinquat, quia etsi non possit suspendi a præbenda quam non habet, vel excommunicari, quia forte capitulum non habet hanc potestatem, ex causa tamen poterit, etiam ab his communibus tractatibus suspendi, arg. supra de consti. ex literis.

6° Enfin, il y a une sixième différence entre la coutume et la prescription : la coutume introduite par erreur ne vaut pas, tandis que l'erreur ne nuit pas à la prescription.

Une remarque encore, avant de finir cet exposé, dit Hostiensis, qui semble inquiet de n'avoir pu encore énumérer quelques autres qualités exigées pour la coutume par quelques juristes tant laïques qu'ecclésiastiques.

* Notons enfin que la coutume doit avoir été introduite pacifiquement; autrement elle ne vaudrait pas (c. 10, dilecto filio, **X**, de officio archidiaconi, I, 23). Elle doit aussi être certaine, claire et possible, parce que la loi doit avoir ces qualités (*Grat.*, c. 2, erit autem lex, dist. IV; c. 13, quoniam constitutio, **X**, de constitutionibus, I, 2). Donc, puisque la coutume imite la loi (§ 9, ex non scripto, *Instil.*, de jure naturali, I, 2; *Grat.*, c. 5, consuetudo, dist. 1), si la coutume était incertaine, obscure ou impossible, elle serait sans valeur.

Et Hostiensis fait l'application immédiate de ce dernier principe à une espèce bien déterminée :

** Que faudrait-il penser d'un évêque qui prétendrait que, en vertu d'une coutume, il peut, autant de fois que cela lui plaît, et quand cela lui plaît, et avec qui cela lui plaît, changer d'église, et exiger que, dans chaque nouvelle église choisie par lui, il soit pourvu, de façon somptueuse, à ses besoins? Cette coutume serait sans valeur; car elle serait incertaine, obscure, impossible, non raisonnable et onéreuse pour les églises (c. 1, consuetudines, et c. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4). Or cette question nous l'avons vu, de fait, posée deux fois sous nos yeux (1). Une première fois entre le pasteur de l'église d'Antibes et le

6° *Est et sexta quia consuetudo erronea non juvat. Secus in præscriptione.*

* *In fine vero nota quod consuetudo debet esse pacifica, alioquin non prodest. T. de cf. archi. c. fi. § fi. Debet etiam esse certa, et clara, et possibilis, quia talis est lex, 4 di. erit autem lex. supra de const. c. ult... Cum igitur consuetudo legem imitetur, Insti., de jure naturali § ex non scripto; 1 di. consuetudo, si consuetudo incerta sit, obscura vel impossibilis non valebit.*

** *Quid ergo si Episcopus dicat quod de consuetudine potest quotiescumque quandocumque et cum quocumque vult ad aliam ecclesiam declinare, et quod ibi debet splendide procurari, dic quod non valet, ut ex præmissis patet, quia talis consuetudo est incerta, obscura et impossibilis, irrationabilis et ecclesiis onerosa, infra e. c. 1 et ul. Hanc quæstionem bis vidimus de facto (1),*

(1) D'abord prévôt d'Antibes, Henri de Suze avait été nommé dans la suite au siège de Sisteron, puis à l'évêché d'Embrun en 1250.

seigneur Bernard, de bonne mémoire, évêque d'Antibes; à l'occasion de cette discussion l'évêché a été divisé entre les pasteurs, et la dignité épiscopale, ainsi que le siège épiscopal, a été transférée à Grasse (1); une seconde fois, la même question a été discutée entre l'évêque de Sisteron et le pasteur de l'église de Forcalquier; mais, l'évêché ayant été transféré à Embrun, un compromis amical a été signé (2) entre le pasteur de Forcalquier et le successeur de l'évêque de Sisteron (3).

Enfin Hostiensis étudie, non plus il est vrai dans sa *Summa*, mais dans ses *Commentaria* sur les Décrétales (4), la question de savoir quelle est la coutume à laquelle il convient de s'en rapporter :

* Il faut remarquer, dit-il, que c'est la coutume du lieu où le contrat a été conclu qui doit être suivie (l. 1, cum judicio, *Dig.*, de usuris et fructibus, XXII). De même, c'est la coutume du lieu où le méfait a été commis qui a force juridique (l. 9, sunt quædam, *Dig.*, de extraordinariis criminibus, XLVII, 11), à moins qu'une loi promulguée postérieurement n'ait établi le contraire (l. 3, prætor ait, § 5, *Divus, Dig.*, de sepulcro violato, XLVII, 12). Mais, que décider dans le cas où la coutume des juges est autre que celle des parties? laquelle faut-il suivre? Je réponds : c'est la coutume des parties qu'il faut suivre (c. 8, quum venissent, **X**,

primo inter pastorem Antipolitanum dominum Bernardum, bonæ memoriæ Antipolitanum episcopum, cujus occasione episcopatus inter ipsos divisus fuit et certa dignitas præposituræ et sedes translata apud Grassam (1). Secundo eandem quæstionem vidimus inter episcopum Cisterciensem et Forcaquerin. præpositum; sed episcopo translato ad Ebredunensem ecclesiam inter dictum præpositum et episcopum (2) successorem amicabilis compositio facta fuit (3).

* *Et notandum, quod consuetudo loci in quo contractus initus est, est sequenda, ff. de usur. l. 1, et loci in quo est maleficio perpetratum, arg. ff. de extra. crim. l. pen. § sunt quædam, nisi lex postea promulgata contraria sit, ff. de sepul. vio. 3 § Divus. Quid si alia sit consuetudo judicum, alia litigantium. Respondeo consuetudo litigantium est servanda, arg. T. de eo qui mitt. in pos. causa rei serv. cum venissent. C., eod. tit. l. 1 et de ædifi. priv. l. 1, etiam si*

(1) Grasse est le siège d'un évêché qui était auparavant à Antibes et qui fut transféré le 19 juillet 1234, selon Bosquet, ou, en l'an 1239, selon Nostradamus. (*Grand dictionnaire géographique, historique et critique de la Martinière, au mot « Grasse »*).

(2) C'est en 1179 qu'aurait eu lieu la transaction entre Romain, archevêque d'Embrun, et Guillaume, comte de Forcalquier, pour régler les droits de l'un et de l'autre seigneur (de la Martinière, au mot « Forcalquier »).

(3) *Summa Hostiensis* (super titulis Decretalium compilata). Venetiis, 1498, in-fol., Bibl. nat., rés. E. 1029. — Le texte transcrit a été révisé sur l'édition de Venise, 1470, laquelle porte le titre : *Summa dni Henrici Cardinalis Ho.*, Bibl. nat., rés. E. 1030.

(4) Ces commentaires dateraient de 1255 et la Somme aurait précédé ces commentaires.

de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandæ, II, 8; l. 1, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; l. 1, et balneum, *Cod.*, de ædificiis privatis, VIII, 10), même si c'est du juge d'appel qu'il s'agit (Nov. CXV, ut cum de appellatione cognoscitur, c. 1, ideoque sancimus). Et le ch. 8, quum causa, du titre 27, de re judicata, du second livre des *Décrétales* de Grégoire IX, ne constitue pas une objection valable : d'abord, parce que la coutume des laïques n'oblige pas les clercs, pas plus que le statut des laïques ne les oblige (*Grat.*, c. 1, lege, dist. 1; c. 7, quæ in ecclesiarum, **X**, de constitutionibus, I, 2); puis, parce que la coutume, dont il est question dans ce chapitre est non raisonnable et onéreuse pour les églises : dès lors elle est à omettre (1).

Tel est l'enseignement de Hostiensis. Cet enseignement a, tout d'abord une première qualité : il est vivant; il permet de saisir sur le vif la manière dont procédaient les professeurs dans les Universités du XIII^e siècle : ils commençaient par embrasser d'un coup d'œil général la matière qu'ils avaient à traiter en y traçant de grandes divisions (*Summa*); ils lisaient ensuite les textes se rapportant à la matière envisagée et développaient la question de droit renfermée dans chacun de ces textes (casum ponere); incidemment, ils s'appliquaient à concilier certains passages qui paraissaient se contredire; puis, résumant tous les principes énoncés, ils en faisaient sortir des règles générales axiomatiques, vulgairement connues sous la dénomination de *Brocarda* (du nom, soit de Burchard de Worms lui-même, soit d'un autre Burchard sur l'identité duquel on n'est pas fixé). Quand le temps le permettait, le professeur examinait encore certains cas, réels ou imaginaires (causæ), qui donnaient lieu à diverses questions (quæstiones) (2). Les écrits de Hostiensis reflètent très exactement le caractère si original des cours publics du Moyen Age. C'est un premier mérite qu'il convenait de signaler.

judex sit appellationis, ut in auth. ut cum de appell. cogn. § 1 collat. VIII. Nec obstat T. de re judi. c. cum causa, tum quia consuetudo laicorum non potest astringere clericum, sicut nec statutum, X dist. c. 1. T. de constit. quæ in ecclesiarum, tum quia illa consuetudo erat irrationabilis et ecclesiæ onerosa. Unde fuit omittenda (1).

(1) Henrici de Segusio, Cardinalis Hostiensis, jur. utri. monarchæ celeberrimi, in decretalium libros Commentaria, *Venetis*, MDLXXXI, 6 tomes en 4 vol., Bibl. nat., E. 59, 1^{er} volume, fol. 29, cap. primum, consuetudines.

(2) Plus fréquemment ces questions (quæstiones) étaient renvoyées à un autre cours ou à un jour déterminé de la semaine (quæstiones mercuriales, veneriales, sabbatinæ, dominicales) et servaient alors, en même temps, de matière à des discussions (voir Phillips, *Du droit ecclésiastique dans ses sources*, p. 114 et suiv.)

Mais cet enseignement de Hostiensis a une seconde qualité; il est si complet sur la question de la coutume qu'il constitue le premier traité vraiment classique de la coutume dans le droit canonique. Non seulement, en effet, toutes les questions relatives à la coutume sont posées en termes juridiquement valables, mais encore elles sont étudiées dans un ordre logique qui laisse si peu à désirer que, en inscrivant à la suite les unes des autres les diverses questions examinées successivement par le Cardinal d'Ostie, on pourrait composer un traité authentique de la coutume, traité distribué en neuf grandes divisions suggérées par la définition magistrale du début. On obtiendrait ainsi le schéma suivant, en se contentant de classer sous les rubriques convenables les notions fournies par Henri de Suze :

- I. — (Notion de la coutume). Qu'est-ce que la coutume?
- II. — (Qualités de la coutume).
 - a) Quelles qualités doit avoir la coutume?
 - b) Qu'entend-on par coutume raisonnable?
 - c) Qu'entend-on par coutume prescrite?
- III. — (Formation de la coutume). Combien d'actes faut-il pour qu'une coutume soit introduite? Qui peut créer une coutume?
- IV. — (Preuve de la coutume).
 - a) Comment la coutume peut-elle être prouvée?
 - b) Qui doit faire la preuve de la coutume?
 - c) Combien de témoins sont requis?
- V. — (Valeur juridique de la coutume). La coutume porte-t-elle préjudice au droit? et à quel droit porte-t-elle préjudice?
- VI. — Quels sont les effets de la coutume?
- VII. — Quelles sont les diverses espèces de coutumes?
- VIII. — Quelles différences y a-t-il entre la coutume et la prescription?
- IX. — Quelle est la coutume qu'il convient d'appliquer? Celle du lieu du contrat et du délit, ou celle du lieu du jugement? Celle du juge ou celle des parties (1)?

En vérité, Hostiensis peut être considéré comme l'auteur de la première théorie de la coutume dans le droit canonique : les solutions proposées sont solidement prouvées et appuyées, soit sur les textes du droit romain, soit sur les Décrétales de Grégoire IX; les questions controversées sont discrètement soulevées et leurs solutions prudemment résér-

(1) Pour obtenir ce schéma qui pourrait être la table des matières d'un traité sur la coutume, une seule des questions étudiées par Hostiensis a dû être déplacée, et c'est une question secondaire : qui peut créer la coutume? Cette question a été jointe à la cinquième; toutes les autres questions sont venues d'elles-mêmes se placer sous la rubrique générale qui leur convenait.

vées. Hostiensis n'ignore aucun des problèmes que le développement de la science juridique posera dans les siècles suivants, qu'il s'agisse de la durée que doit avoir la prescription, ou de l'influence de l'erreur sur la valeur de la coutume, ou encore de la nécessité du consentement soit du législateur soit du peuple (1) : tous ces problèmes sont au moins entrevus. Hostiensis mérite bien d'être appelé le *père des canons*, le *plus éminent des docteurs*, le *flambeau le plus lumineux des décrets*, comme aimaient à le désigner ses contemporains. Le droit canonique n'a plus rien à envier au droit civil sur la question de la coutume : Henri de Suze est parvenu à égaler Azon.

Cependant le XIII^e siècle ne s'achèvera pas sans apporter à cette théorie, déjà fortement étayée, quelques compléments précieux. C'est d'abord saint Thomas d'Aquin (1225-1274) qui, dans sa *Somme Théologique*, trouve l'ingénieux moyen d'indiquer le véritable fondement philosophique de la coutume.

* Toute loi, écrit-il, a pour fondement la raison et la volonté du législateur ; la loi divine et naturelle provient de la volonté raisonnable de Dieu ; la loi humaine de la volonté de l'homme réglée par la raison. Mais, de même que la raison et la volonté de l'homme se manifestent, ordinairement, par la parole dans la pratique de la vie, de même, elles peuvent aussi se manifester par acte ; car chacun semble bien avoir choisi comme étant le bien ce qu'il pose en acte. Il est donc certain que la loi peut être, et changée, et aussi interprétée par la parole humaine, dans la mesure où celle-ci manifeste au dehors le mouvement intérieur et les conceptions mêmes de la raison ; mais, pour le même motif, la loi peut aussi bien être changée et interprétée par des actes, surtout par des actes répétés, lesquels constituent la coutume ; bien plus, ces mêmes actes (qui déjà peuvent changer et interpréter la loi) ont également la puissance de créer

* *Omnis lex profisciscitur a ratione et voluntate legislatoris; lex quidem divina et naturalis a rationabili Dei voluntate, lex autem humana a voluntate hominis ratione regulata. Sicut autem ratio et voluntas hominis manifestantur verbo in rebus agendis, ita etiam manifestantur facto; hoc enim unusquisque eligere videtur ut bonum, quod opere implet. Manifestum est autem quod verbo humano potest et mutari lex, et etiam exponi in quantum manifestat interiorem motum et conceptum rationis humanæ : unde etiam et per actus maxime multiplicatos, qui consuetudinem efficiunt, mutari potest lex, et exponi, et etiam aliquid causari, quod legis virtutem obtineat; in quantum scilicet per*

(1) C'est en énonçant le premier mode de preuve de la coutume que Hostiensis laisse percevoir qu'un problème nouveau serait à étudier : « C'est le peuple ou le souverain, dit-il, qui a établi cette coutume, non rédigée il est vrai par écrit, mais vieille de dix ans ». Cette proposition pose implicitement la question : « Est-ce le peuple ou est-ce le souverain qui établit la coutume ? »

quelque chose qui obtienne force de loi; car, par ces actes extérieurs répétés, c'est le mouvement intérieur de la volonté et le concept de la raison qui se trouvent très efficacement traduits au dehors. Quand, en effet, un même acte est produit un grand nombre de fois, cela paraît provenir d'un jugement délibéré de la raison. Et c'est ainsi que la coutume a tout d'abord force de loi, puis peut abolir la loi et enfin interprète les lois (1).

Par ces quelques mots d'une rare concision, saint Thomas met en relief le fondement philosophique de la coutume : celle-ci n'est que l'expression en acte de la volonté humaine éclairée par la raison, tout comme la loi est l'expression en termes écrits de cette même volonté; et, reprenant pour son compte les affirmations d'Azon, le Docteur angélique distingue nettement la triple fonction de la coutume dans ses relations avec la loi : la coutume crée des lois, elle abroge la loi, elle interprète les lois.

Saint Thomas néanmoins prévoit une objection. Les personnes privées ne peuvent faire des lois : comment donc la coutume, qui est introduite par les actes répétés de la multitude, peut-elle obtenir force de loi? La réponse est d'une largeur de vue surprenante :

* A la troisième objection faite, il faut répondre que la collectivité, au sein de laquelle la coutume est introduite, peut se trouver dans deux conditions. Si cette collectivité jouit d'une liberté qui lui assure la faculté de faire des lois pour elle-même, le consentement de la collectivité a plus de valeur, pour rendre obligatoire la pratique manifestée par la coutume, que l'autorité même du souverain, qui, lui, n'a le pouvoir d'édicter des lois qu'en tant qu'il représente la personne morale de la collectivité. Aussi, bien que les personnes envisagées individuellement ne puissent établir de lois, cependant, le peuple considéré dans son

exterioribus actibus multiplicatis interior voluntatis motus, et rationis conceptus efficacissime declaratur. Cum enim aliquid multoties fit, videtur ex deliberato rationis iudicio provenire. Et secundum hoc consuetudo et habet vim legis, et legem abolet, et est legum interpretatrix (1).

* *Ad tertium dicendum, quod multitudo, in qua consuetudo introducitur, duplicis conditionis esse potest. Si enim sit libera multitudo, quæ possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum, quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis; unde licet singulæ personæ non possint condere legem, tamen totus populus condere legem potest. Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi*

(1) S. Thomæ, *Summa Theologica*, prima secundæ, q. XCVII, art. 3, conclusio.

ensemble peut en établir. — Mais, si la collectivité n'a pas le libre pouvoir de créer pour elle-même les lois qui la régissent ou de rejeter les lois portées par l'autorité supérieure, néanmoins la coutume, qui prévaut dans une telle collectivité, obtient force de loi par le fait même que cette coutume est tolérée par ceux à qui il appartient d'imposer la loi à la collectivité : par cette tolérance, le législateur semble en effet approuver ce que la coutume a introduit (1).

Saint Thomas envisage donc deux formes différentes de gouvernement possibles : celle d'un gouvernement nettement démocratique, et celle d'un gouvernement monarchique ou aristocratique. Or, dans l'une et l'autre hypothèse, il propose une justification décisive de la force juridique de la coutume. Constatation digne de remarque : dans un régime démocratique, il fait du Souverain le simple représentant et comme le délégué du peuple, seul investi du vrai pouvoir législatif ; le Souverain ne peut intervenir avec autorité que dans la mesure où son intervention manifeste simplement la volonté collective du peuple. Et le caractère libéral des vues du grand Docteur médiéval n'est pas moins frappant en ce qui regarde la condition, par rapport à la coutume, du gouvernement monarchique ou aristocratique : car, ici, il fait clairement entendre que la simple tolérance du Souverain ou des gouvernants suffit, pour conférer à la coutume la valeur juridique, qui doit lui venir du pouvoir législatif, représenté en ce cas par les chefs de la cité. On ne saurait trop insister sur le fait capital que des solutions, aussi largement ouvertes aux perspectives de l'avenir, ont été éditées, avant la fin du XIII^e siècle, par un homme dont la doctrine jouit dans l'Eglise d'un crédit sans égal (2).

legem vel legem a superiori potestate positam removendi, tamen ipsa consuetudo in tali multitudine prævalens obtinet vim legis, inquantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere; ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo introduxit (1).

(1) S. Thomæ, *Summa Theologica*, prima secundæ, q. XCVII, art. 3, ad tertium.

(2) Dans l'article 12, § c de la question X de la 2^a II^e, saint Thomas, à propos de la question du baptême conféré aux enfants des Juifs et des autres infidèles sans le consentement de leurs parents, déclare que la coutume de l'Eglise de Dieu n'a jamais approuvé le baptême donné dans de telles conditions ; *id Ecclesiæ Dei consuetudo in omnibus sequenda nunquam probavit*, et qu'il vaut mieux s'en tenir à l'autorité de l'Eglise qu'à l'autorité ou d'Augustin, ou de Jérôme, ou de quelque autre docteur : *magis standum est auctoritati Ecclesiæ quam auctoritati vel Augustini vel Hieronimi vel cujuscunque doctoris*. En vérité, le langage de saint Thomas l'emporte singulièrement par l'élévation des pensées, autant que par la technicité des termes, sur celui de ses contemporains. Saint Thomas est vraiment un précurseur : il faut le replacer au milieu de ses contemporains pour remarquer la vigueur exceptionnelle de sa dialectique.

Pour compléter les renseignements précieux fournis par le ^{xiii}^e siècle, voici d'ailleurs un canoniste, contemporain de saint Thomas, qui reproduit, dans ses œuvres, le libelle de plusieurs actes de procédure relatifs à une demande en justice fondée sur une coutume. Il s'agit de Guillaume Durand, évêque de Mende, élève de Hostiensis (1). Bien que mort relativement jeune, à l'âge de cinquante-neuf ans, il s'est acquis une réputation de Maître tant par son *Speculum judiciale*, qui date de 1271, que par son *Rationale divinorum officiorum*, ouvrage liturgique de tout premier ordre. Dans son *Speculum judiciale*, Guillaume Durand reproduit le plus souvent Hostiensis, en faisant l'application des principes posés par le Cardinal d'Ostie aux cas particuliers nouvellement étudiés. Il est superflu de suivre Guillaume Durand dans ses considérations multiples sur la coutume; mais, par contre, il semble intéressant de citer en entier le passage dans lequel l'auteur du *Speculum judiciale* transcrit une formule d'action judiciaire faisant appel au droit coutumier. Au titre « de Consuetudine » du livre IV, 1^{re} partie, de son *Miroir du Droil*, on lit en effet :

*** Comment le libelle (2) relatif à la coutume doit-il être rédigé?]**

Pour une coutume on doit rédiger ainsi le libelle : En présence de..., moi..., moine du monastère de Charroux, ou syndic et procureur du couvent de ce même monastère, m'opposant à T..., moine de Saint-André, qui se présente comme l'élu du monastère de Saint-André, étant donné que, l'élection de l'abbé du monastère de Saint-André devant se

*** [Libellus (1) qualiter in consuetudine concipiatur.]**

Coram etc... propono ego talis monachus monasterii Carofen. seu syndicus, et procurator conventus ejusdem monasterii contra T... Andren. monachum, qui se gerit pro electo Andr. monasterii, quia cum electio abbatis in Andren.

(1) Guillaume Durand (ou Durandus, ou Durandi, Durantis, Duranti), né en 1237 à Puimisson, près de Béziers, élève de l'Ecole de Bologne, nommé par Clément IV auditeur général des causes du palais du pape, évêque de Mende en 1286, mourut à Rome en 1296. Il est le plus illustre canoniste du ^{xiii}^e siècle. Son principal ouvrage est le *Speculum judiciale*, mais il est aussi l'auteur du *Repertorium aureum*, du *Speculum legatorum*, du *Rationale divinorum officiorum* et d'un commentaire sur les Décrétales de Grégoire IX.

(2) Guillaume Durand définit ainsi le libellus : « libellus » est brevis membrana actoris petitionem, et ejus causam et actionem complectens, vel sic : libellus est scriptura agentis questionem continens, et futuram actionem depromens. Le libelle est un parchemin de petite dimension qui contient la demande de celui qui engage l'action en justice et indique la cause et les divers moments de cette action; ou encore : le libelle est un écrit qui contient la demande de celui qui engage l'action et décrit la suite à donner à cette action (Guil. Durandi, *Speculum juris*, Francofurti, 1598, liber quartus, de libellorum conceptione, note de la page 53).

faire en choisissant un moine du monastère de Charroux, — selon une coutume antique et approuvée dont mémoire du contraire n'existe pas, — T... n'a pas pu et n'aurait pas dû être élu abbé selon le droit, contrairement à la coutume susdite observée depuis les temps anciens, je demande que l'élection mentionnée ci-dessus, — élection qu'on a tenté de faire, si toutefois un tel choix peut porter le nom d'élection, — soit cassée, et, une fois cassée, soit déclarée nulle et sans effet, et qu'il soit décrété par votre sentence que cette même élection sera refaite comme elle doit se faire, donc en choisissant l'élu parmi les moines du monastère de Charroux. — Telle doit être la formule du libelle à présenter : c'est ce que prouvent le c. 8, *quum dilectus*, **X**, de consuetudine, I, 4; et le c. 25, *abbate*, **X**, de verborum significatione, V, 40. — Et, de même, dans le cas où on s'appuie sur d'autres coutumes, il peut être demandé que quelqu'un soit contraint à leur observance, ou que ce qui a été fait contrairement à leur existence soit cassé (voir c. 11, *quum tanto*, **X**, de consuetudine, I, 4).

Après le libelle d'introduction de la demande, voici d'ailleurs celui que doit présenter le demandeur qui veut appuyer sa requête sur une coutume :

* [Sommaire : formule de libelle relatif à des droits qui s'appuient sur une coutume.]

Le demandeur s'exprimera ainsi : formule du demandeur : Je dis que vous êtes moine du monastère de Saint-André (c. 47, *constitutis*, **X**, de electione, I, 6); de plus que, pendant la vacance du siège, vous avez été, de fait, élu comme abbé de ce monastère; et encore que, selon une anti-

monasterio debeat fieri de gremio monasterii Carofen. de antiqua et approbata consuetudine, de cujus contrario memoria non existit, ipse de jure eligi non potuit nec debuit, contra præfatam consuetudinem antiquitus observatam; unde peto præfatam electionem de facto attentatam, si electio dici possit, cassari et cassam, nullam et irritam pronunciari, nec non electionem ipsam de gremio Carofen. monasterii faciendam esse, per vestram sententiam declarari. Hæc forma probatur extra eo, cum dilectus, de verborum signif. abbate. Et sic in aliis consuetudinibus petit potest ut aliquis cogatur ad earum observationem, vel ad cassandam, quod contra eas fit, ut ext. eo, c. fi.

* [Libellus qualiter super juribus ratione consuetudinis petendis concipitur:]

Actor ergo sic ponet: Positio actoris. — Pono quod tu es monachus Andren. monasterii, ext. de elec. constitutis. Item quod vacante monasterio de facto fuisti electus in abbatem ipsius monasterii. Item de antiqua consuetudine

que coutume, quand le monastère de Saint-André n'a plus d'abbé, les moines de Saint-André ont coutume d'élire à leur tête un abbé tiré du monastère de Charroux (comme cela ressort du chapitre 47, constitutis, ci-dessus mentionné, et du c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, **X**, V, 40); et aussi, que cette coutume a été observée depuis si longtemps que l'on n'a pas mémoire du contraire (l. 1, si cui, *Dig.*, de aqua et aquæ pluvie arcendæ, XXXIX, 3; l. 3, hoc jure, § ductus aquæ, aqua cottidiana et æstiva, XLIII, 30); de même, que tels ou tels ont été ainsi élus; et encore, que cette coutume est prescrite (comme le réclame le c. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4); et enfin, que l'existence de cette coutume a été reconnue par un jugement contradictoire (c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, V, 40; c. 8, quum causa, **X**, de sententia et de re judicata, II, 27; l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat, I, 3).

Certes voilà un acte de procédure en bonne et due forme; et Guillaume Durand veille à ce que le demandeur justifie ses exigences, en s'appuyant tant sur les décisions des Décrétales de Grégoire IX que sur celles du droit romain.

Veut-on savoir maintenant comment se défendra la partie citée? Sans fournir le libelle lui-même de l'acte du défendeur, Guillaume Durand indique du moins où se trouvent les éléments constitutifs d'un tel acte :

* Le défendeur s'exprimera en posant les arguments contraires et, par ailleurs, en s'appuyant sur le can. 7, frustra du Décret de Gratien, VIII^e dist. (consuetudo rationi frustra opponitur) et sur l'ech. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine, I, 4 (lequel exige la rationalité et la prescription) (1).

vacante monasterio Andren. Monachi Andren. consueverunt ibi abbatem eligere de monasterio Carofen. ut in præalle. decre. et c. abbate. Item quod hoc tanto tempore observatum est quod de ejus contrario memoria non existit. ff. de aqua plu. arc. l. 1 in fi.; ff. de aqua quot. et æsti. l. hoc jure § ductus aquæ. Item quod tales et tales sic fuerunt electi. Item quod hæc consuetudo est præscripta, extra eo, c. fi. Item quod fuit obtenta in contradictorio judicio, extra de verborum sig. abbate; extra de re judicata cum causa quæ inter; ff. de leg. cum de consuetudine.

* *Reus ponat e contra et alias faciat secundum ea quæ no. 8 dist. frustra et extra eo, c. fi. (1).*

(1) Guill. Durandi Mimatensis. *Speculum juris cum Joan. Andreæ, Baldi... visionibus*, auctore Alexandre de Nevo, liber quartus, parti. 1, rubrica de consuetudine, p. 78, Francofurti, 1592, in-fol., Bibl. nat., F. 237.

Grâce à Guillaume Durand, voici connue une partie de la procédure employée par le demandeur et le défendeur d'une action judiciaire fondée sur la coutume. Ces libelles, si imparfaits qu'ils soient, complètent heureusement la théorie de la coutume telle qu'elle ressort des écrits de Bottoni et de Hostiensis.

Si maintenant on jette un coup d'œil rapide sur le *Sexte*, codifié en 1298, sur les ordres de Boniface VIII (1294-1303), en vue d'unifier la législation canonique promulguée depuis 1230, on se rend aisément compte que, tandis que la théorie de la coutume s'édifie d'une façon vraiment juridique et nouvelle, la doctrine, elle, ne varie pas; elle est à la fin du XIII^e siècle ce qu'elle était au début de ce même siècle.

En effet, la loi nouvelle laisse subsister les coutumes et statuts particuliers, du moment qu'elle ne les mentionne pas expressément comme supprimées (1). — La coutume doit être raisonnable : à ce titre, les coutumes raisonnables et approuvées que les religieux observent doivent être maintenues au cours des visites de l'archevêque et des évêques et autres prélats (2). — La coutume doit être *canoniquement prescrite*; l'expression est à noter; elle est plus expressive que celle mise en honneur par Grégoire IX. C'est seulement dans la mesure où elle est canoniquement prescrite, *dum tamen alias sil præscripta canonice*, que se trouve approuvée la coutume qu'un évêque allègue pour affirmer qu'il n'est pas tenu de requérir l'avis de son chapitre en vue de rechercher, punir et corriger les excès de ses sujets (3). — De même, les collateurs ou gardiens de biens vacants ne peuvent rien prélever sur ces biens, à moins que ce droit ne leur soit conféré par privilège spécial, ou coutume déjà légitimement prescrite, ou autre cause raisonnable, *nisi de speciali privilegio vel consuetudine jam præscripta legitime seu alia causa rationabili hoc eisdem competere dignoscatur* (4). — La coutume ne doit pas être contraire aux saints canons; autrement, même immémoriale, elle est supprimée : telle la coutume que les chanoines possèdent, sans dispense du Saint-Siège, deux bénéfices ou deux dignités (5); elle ne doit être, par ailleurs, ni abusive (6), ni contraire à la liberté ecclésiastique (7). Mais,

(1) C. 1, Licet, in-6° (I, 2).

(2) C. 1, Romana ecclesia, in-6° (III, 20).

(3) C. 3, Non est, in-6° (I, 4).

(4) C. 9, Præsenti, in-6° (I, 16).

(5) C. 1, Consuetudinem, in-6° (I, 4).

(6) C. 2, Si canonici, in-6° (I, 6). A citer aussi le cap. 1, Detestandæ, liv. 3, titre 6, des Extravagantes communes, chapitre dans lequel Boniface VIII dénonce en 1299 l'abus détestable qui consiste à éventrer les corps des défunts et à en faire bouillir les chairs jusqu'à ce que les os s'en détachent. Cet abus d'une férocité détestable doit être aboli. Cette décrétale de Boniface VIII ne fait pas partie du Sexte, mais des Extravagantes communes.

(7) C. 1, Contingit, in-6° (II, 11).

munie des qualités requises, la coutume a force juridique tant pour conférer les bénéfices (8) et percevoir les fruits des biens vacants (9) qu'en matière d'élection (1) et de juridiction (2); aussi l'archevêque de Reims invoque-t-il souvent la coutume pour exercer son autorité sur les sujets de ses suffragants (3).

Une seule différence mérite d'être signalée et révèle l'influence exercée sur la doctrine par la théorie qui se constitue : cette différence consiste en ce que désormais la clause, *nonobstant toute coutume contraire*, est plus souvent et plus solennellement employée. Les prescriptions des Décrétales sont, dès maintenant, pour la plupart, accompagnées de l'une des mentions suivantes : « nonobstant les privilèges, les coutumes ou les statuts de cette même église, qu'ils soient corroborés par serment, confirmation apostolique ou quelque autre approbation qui puisse être » (4), ou encore : « nonobstant tous privilèges ou faveurs ou coutumes contraires ou constitutions ou statuts contraires, qu'ils aient été rendus valables par serment, confirmation apostolique ou de toute autre façon : toutes ces concessions anciennes, contraires à l'ordre contenu dans cette décrétale, nous les cassons et déclarons nulles par l'autorité apostolique, et nous voulons que, désormais, elles n'aient aucune valeur » (5). De telles formules manifestent au plus haut point, d'une part, que l'autorité pontificale se fortifie et veut régner en souveraine incontestée et, d'autre part, que le domaine d'application de la coutume est, dès la fin du XIII^e siècle, nettement délimité.

En résumé, dès la fin du XIII^e siècle, la théorie de la coutume est élaborée dans ses grandes lignes. Cette élaboration est principalement l'œuvre de Bernard de Parme et de Henri de Suze, qui ont su incorporer dans le droit de l'Eglise les éléments assimilables du droit romain remis en honneur par Azon et Accurse. En l'espace de quelques années, les décrétistes, décrétalistes et glossateurs (6), aidés de théologiens comme

(8) C. 1, Si ad episcopum, in-6° (III, 4); c. 33, Quum in ecclesiis, in-6° (III, 4); 3. 41, Mandatum apostolicum, in-6° (III, 4).

(9) C. 13, Generali, in-6° (I, 6).

(1) C. 43, Indemnitatibus, in-6° (I, 6); et c. 25, Quum in ecclesia, in-6° (III, 4).

(2) C. 2, Licet et c. 6, Super eo, in-6° (III, 4); et c. 5, Quoniam, in-6° (III, 24).

(3) C. 1, Romana ecclesia, in-6° (II, 2); et c. 3, Romana ecclesia, in-6° (II, 15).

(4) C. 4, Quum aliquibus, in-6° (I, 3).

(5) C. 40, Quia saepe, in-6° (I, 6) : « Si, pendant une vacance de prélature dans une église cathédrale, régulière ou collégiale, quelques membres du chapitre ou du couvent occupent les biens vacants ou ceux qui s'y sont ajoutés, ils sont suspens de leur office ou de leur bénéfice jusqu'à restitution : *non obstantibus quibuslibet privilegiis vel indulgentiis, aut contrariis consuetudinibus, constitutionibus vel statutis, juramento, confirmatione sedis apostolicæ aut alia quacumque firmitate vallatis, quæ omnia quoad hoc auctoritate apostolica revocamus, cassamus et irritamus ac nullius deinceps volumus esse firmitatis* ».

(6) On appelle *décrétistes* les commentateurs du Décret de Gratien, *décrétalistes* les

saint Thomas d'Aquin et de canonistes comme Guillaume Durand, sont parvenus à dégager de l'amas confus de textes multiples les données essentielles et, grâce à eux, la coutume, qui n'était jusqu'alors qu'un fait, est devenue un droit authentiquement reconnu. Non seulement la coutume est définie, ses qualités essentielles mises en relief et les conditions de son introduction nettement connues; mais encore quatre divers modes de preuve de la coutume sont proposés, sa force juridique hautement proclamée, ses principaux effets et ses diverses espèces clairement énumérés. Sans doute, quelques questions sont incomplètement présentées, notamment celle de la preuve de la coutume qui demanderait à être davantage précisée; car on ne voit pas comment se faisait la preuve par témoins; mais, sur ce point comme sur quelques autres, c'est le droit civil qui complétait le droit canonique. Sans doute aussi, bien des questions demeurent controversées, telles les suivantes : quelle durée précise une coutume doit-elle avoir pour pouvoir être dite prescrite? Combien d'actes sont requis pour introduire une coutume? Un jugement contradictoire est-il indispensable pour qu'une coutume obtienne force de loi? Une coutume introduite par erreur est-elle cependant valable? La coutume vaut-elle sans le consentement ou du peuple ou du souverain? Sans doute encore, et surtout, la coutume canonique n'a pas encore revêtu le caractère proprement ecclésiastique qui lui convient et elle est encore trop tributaire de l'élément laïque qui a présidé à sa formation. Mais enfin la théorie de la coutume est construite dans ses grandes lignes dès avant l'an 1300; les six siècles qui vont suivre ne feront que discuter et christianiser cette théorie, sans toujours la rendre plus lumineuse et sans parvenir à dirimer les controverses les plus âpres. Il convient donc d'enregistrer, siècle par siècle, les progrès que va réaliser la théorie de la coutume dans le droit canonique.

commentateurs des Décrétales de Grégoire IX et *glossateurs* les commentateurs tant du *Corpus juris civilis* que du Décret de Gratien et des Décrétales de Grégoire IX. Les légistes, professeurs de droit romain, avaient pour habitude d'expliquer le texte (*littera*) par des gloses, d'abord orales, puis bientôt écrites et placées, soit entre les lignes du texte, soit dans les marges. Ce procédé ne tarda pas à être reproduit tant par les commentateurs du Décret de Gratien que par ceux des Décrétales de Grégoire IX. On est encore à rechercher quels furent les premiers glossateurs ecclésiastiques; les noms de tous ceux que l'on connaît appartiennent à des personnages qui étaient eux-mêmes venus à Bologne pour suivre les leçons des décrétistes, dont l'école, qui eut bientôt une rivale à Paris, était déjà florissante. Le véritable siège de cette école fut longtemps encore le monastère de Saint-Félix de Bologne où enseignèrent Paucapalea, Omnibonus et Huguccio.

CHAPITRE II

LA THÉORIE DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DURANT LE XIV^e SIÈCLE

Exposé synthétique et discussion juridique de la théorie
de la coutume.

Clément V (1305-1314). — *Concile de Mayence de 1310*. — *Synodes de Cologne de 1337*. — *Synode de Prague de 1355*. — *Jean André* (*Joanne Andreas*), né vers 1270, mort en 1348. — *Henri Boich*, professeur à Paris, mort entre 1350 et 1390.

Le début du xiv^e siècle est marqué par la publication des *Clémentines*. On appelle ainsi un certain nombre des décrétales de Clément V, pape de 1305 à 1314, décrétales réunies sur l'ordre de Jean XXII et publiées en 1317. La plupart des décrétales dites « Clémentines » reproduisent d'ailleurs des décisions approuvées par le concile de Vienne tenu en 1310. Au surplus, elles ne renferment aucun enseignement nouveau sur la coutume et se contentent d'appliquer à des espèces particulières la doctrine dès lors admise dans l'Eglise : la coutume confère juridiction (1); elle permet de percevoir des impôts (2); elle autorise des collèges ou couvents de séculiers et de réguliers à porter des sentences de cessation générale d'offices (3); elle règle la célébration et l'administration des sacrements dans certains lieux hospitaliers (4); elle détermine la couleur et la matière des vêtements portés par les Frères mineurs (5); elle prescrit aux recteurs, curés et prélats des paroisses de ne rien exiger en plus de la portion fixée, c'est-à-dire de la *Quarte*, à l'occasion des funérailles célébrées par les Frères prêcheurs et mineurs (6).

Quelques décisions conciliaires méritent aussi d'être citées. Un con-

(1) C. 7, Statutum, Clem., (I, 3).

(2) C. 2, Ad nostrum, Clem., (III, 13).

(3) C. 1, Ex frequentibus, Clem. (V, 10).

(4) C. 2, Quia contingit, Clem. (III, 11).

(5) C. 1, Exivi, Clem., (V, 11).

(6) C. 2, Dudum, Clem (III, 7).

cile de Mayence de 1310 déclare que, en vertu d'une coutume antique et raisonnable, l'église de Mayence peut confier aux sujets de ses suffragants les causes qui lui sont déférées en appel (1). Par contre, un synode de Cologne de 1337 condamne, comme non fondée en raison, *lanquam nulla ratione fulcilam*, la coutume qui régnait dans certaines églises collégiales du diocèse, et qui autorisait le plus ancien bénéficiaire d'une prébende mineure à s'emparer de la première prébende majeure devenue vacante (2); et le synode de Prague de 1355 étend à cette église la faveur déjà mentionnée pour l'église de Mayence, à savoir la possibilité de confier aux sujets de ses suffragants les appels qui lui sont déférés (3).

Toutes ces décisions (4) montrent que, au XIV^e siècle, l'Eglise est en possession de principes bien établis pour juger si une coutume peut, sans inconvénient, être reconnue comme juridiquement valable.

Mais la grande autorité du XIV^e siècle au point de vue canonique, celle qui doit retenir longuement l'attention, c'est Jean André.

« Joannes Andreas » (5) était, il est vrai, un laïque; il est même le second professeur de droit canonique marié dont l'histoire ait transmis le nom. Il enseigna à Bologne entre les années 1302 et 1348; son érudition était si vaste que ses écrits sont d'une lecture quelque peu ardue. Non seulement les Décrétales de Grégoire IX et de ses successeurs, ainsi que les textes du droit romain, sont connus de lui; mais encore tous les commentateurs de l'un et l'autre droit lui sont familiers; il les cite les uns à la suite des autres à propos des diverses matières qu'il est appelé

(1) Mansi, *Amplissima coll. concil.*, t. XXV. Concilium Moguntinum provinciale, ann. 1310, de Consuetudine, col. 301.

(2) *Concilia Germaniæ* : Schannat et Hartzheim, t. IV, p. 449. Synodus Colonie autumnalis anno 1337.

(3) Mansi, *Amplissima coll. concil.*, t. XXVI. Synodus Pragensis provincialis anno 1355, cap. 4, col. 384.

(4) Il ne paraît pas utile de mentionner les passages dans lesquels le moine et historien grec Calliste Nicéphore (mort vers 1350) rapporte les diverses coutumes de l'Eglise primitive relatives à la célébration de la fête de Pâques, aux jours d'abstinence, ou à la liturgie; ces diverses coutumes appartiennent en effet aux premiers siècles.

(5) Jean André, né vers 1270, élève et successeur d'Ægidius Fuscararius (+ 1298. — Ægidius aurait été le premier laïque professeur de droit canonique), professeur à Bologne de 1302 à 1348, année de sa mort. Jean André a laissé de nombreux écrits. Les plus connus sont ses *Novellæ super V libros Decretalium* et les *Additiones ad Speculum G. Durandi* imprimées dans plusieurs éditions du *Speculum*. Aucun canoniste n'a mieux connu ni plus exactement cité les travaux de ses devanciers : c'est le jurisconsulte le plus érudit du Moyen Age, mais non pas le plus original. Détail intéressant : Jean André avait une fille Novella, très versée elle-même dans les sciences juridiques; elle remplaçait son père lorsqu'il était dans l'impossibilité de faire son cours : entre le professeur d'occasion et les étudiants on tirait alors un rideau. Par ailleurs Jean André nous apprend qu'il consultait sa femme dans les questions qui l'embarrassaient.

à enseigner; ce n'est pas simplement Azon et Accurse, ni Bernard de Parme et Henri de Suze que Jean André évoque devant ses élèves; ce sont aussi les glossateurs de moindre importance et tous les canonistes et civilistes des XIII^e et XIV^e siècles: chacun donne son opinion dans les discussions établies; Damase (1), Cynus, Jacques de Révigny, Innocent, Jacques Baudoin, François de Verceil, Compostelle, Vincent, Pierre de Belleperche, Guillaume de Gannat, Jean de Dieu, Dynus, Martin de Fano, Nicolas de Matafaris, etc... — On pourrait dire de Jean André qu'il est un encyclopédiste; aussi sa pensée personnelle est-elle parfois comme submergée sous le flot des autorités qu'il invoque.

Néanmoins Jean André n'est pas un simple compilateur. Tout d'abord, il est l'auteur de la plupart des sommaires qui se trouvent en tête des divers chapitres (2) tant des Décrétales de Grégoire IX que du Sexte; de plus, il a commenté chacun des chapitres de ces décrétales et c'est sa glose qui est même devenue la *Glossa ordinaria* des chapitres du Sexte; enfin, il a composé une *Summa* sur chacun des titres des Décrétales de Grégoire IX, *Summa* souvent accompagnée de *præmittenda* ou notes préliminaires assez importantes.

C'est dans sa *Summa* sur le titre de *Consuetudine* que Jean André expose sa théorie sur la coutume dans le droit canonique; et c'est de cette *Summa* qu'il convient de dégager, aussi complètement que possible, l'enseignement personnel du célèbre professeur dont le nom illustre la plus grande partie du XIV^e siècle.

Jean André donne lui-même la division et les subdivisions de son travail (3):

« Nous abordons la matière de la coutume, dit-il; mais, avant d'étudier cette matière dans la *Summa*, et cela par questions successives, je dois faire un aveu. Comme cette matière est traitée par de nombreux docteurs, principalement des docteurs en droit civil, j'avais d'abord pensé pour éviter la prolixité à renvoyer à ces auteurs. Mais la matière est si abondante, étant donné surtout que, non seulement nos docteurs et les auteurs des gloses, mais aussi les compositeurs de textes se servent parfois improprement du terme « coutume », que nous allons étu-

(1) Voir page 177 la note relative à Damase. Une courte note biographique sera donnée sur chacun des juristes cités par Jean André au fur et à mesure que ces juristes seront appelés à apporter leur témoignage.

(2) Ces sommaires sont d'ailleurs souvent suivis des mots: *hoc dicit* Joan(nes) Andr(eas).

(3) Il apparaît désormais inutile de reproduire le texte latin des auteurs cités, d'abord, parce que ce texte est plus facile à lire, ensuite et surtout, parce que les citations qui vont suivre sont assez riches par elles-mêmes pour intéresser par leur simple traduction.

dier, en nous appliquant à suivre Cynus (1), après Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche, plus que les autres, — et toutefois sans nous en rapporter à eux seuls, — les questions suivantes :

A) *Qu'est-ce que la coutume?* B) *Comment se divise-t-elle?* C) *Comment est-elle introduite?* D) *Comment, une fois introduite, est-elle proposée dans un jugement?* E) *Comment se prouve-t-elle?* F) *Comment doit-elle être formulée dans la sentence du juge?* G) *Quels sont ses effets?* H) *Enfin nous poserons, sous forme de conclusion, plusieurs problèmes dont nous ne retiendrons que le dernier, si bien que, sous ces huit principales divisions, nous traiterons, soit en les étudiant elles-mêmes, soit en les faisant rentrer les unes dans les autres, trente-neuf questions et nous établirons une distinction » (2).*

Huit divisions principales qui comportent trente-neuf questions secondaires, voilà un traité qui promet d'être complet.

A. — **Qu'est-ce que la coutume?** se demande d'abord Jean André.

Jacques de Révigny (3) définissait ainsi la coutume : un droit établi par les manières de faire et les usages sagement introduits et ininterrompus, soit de tout le peuple, soit de la majeure partie du peuple, droit qui a autorité de loi, *jus moribus vel usibus totius populi vel majoris partis recte initialis et continuatis constitutum, habens legis auctoritatem* (4). Remarquons que Jacques n'a pas voulu mettre dans la définition les mots : « droit non écrit », comme l'ont fait Azon et Innocent (5), et cela parce que, pour lui, de même que l'écriture n'est pas de l'essence de la

(1) Cynus (ou Guitto, Guittoncinus, et aussi Cinus de Pistoie), contemporain de Jacques de Révigny, aurait été l'élève de Pierre de Belleperche (voir Tardif, *Origines romaines*, p. 342 et 414). Il serait né à Pistoie dans la Toscane et serait mort en 1337 (voir Franklin : *Dictionnaire des noms, surnoms et pseudonymes*).

(2) *Novellæ Joannis Andreæ super V libros Decretalium*, Venetiis, 1489, in-fol., Bibl. nat., rés. E. 496, fol. 36 à 40; et *Joannis Andreæ in primum Decretalium librum novella commentaria*, Venetiis, 1581, in fol., Bibl. nat. E. 64, 1^{er} volume, fol. 62 à 67.

(3) Ravano (Jacobus de), Jacques de Révigny, jurisconsulte lorrain, évêque de Verdun, né à Révigny (Meuse), mort en 1296; ou J. de Ravanis, J. de Ravenna, J. Ravennas, J. Ravennus, et même J. de Arena et de Harena, nom qui a été porté par un jurisconsulte italien du XIV^e siècle avec lequel on l'a souvent confondu (Franklin, *Dictionnaire*). Jacques de Révigny avait rédigé le premier dictionnaire de droit connu depuis le X^e siècle et l'avait pompeusement appelé : *Lumen ad revelationem Gentium*. Ce dictionnaire est perdu. On a de lui des *Lecturæ in Digestum vetus*, une *Summa de feudis*, un traité de *Petitionibus* (voir Tardif : *Droit français*, p. 413).

(4) Innocent IV (Sinibaldus Fliscus ou Fiesco), élève d'Azon et d'Accurse : *Apparatus* sur les cinq livres des Décrétales.

(5) Avant de donner cette définition, Jean André rappelle les étymologies du mot *consuetudo* selon Isidore : « Consuetudo eo quod in communi usu est... vel dicitur a consuo, consuis (coudre ensemble), quia constituti mores, ex quibus resultat, consuetudinem inducunt. » Cette origine du mot *coutume* provenant du verbe *consuere* méritait d'être signalée.

loi (comme cela ressort de la loi I, *lex est, Dig.*, de legibus senat. I, 3 et du c. I, *quoniam aliqui, in-6º*, de renunciacione, I, 7), ainsi l'absence d'écriture n'est pas de l'essence ou de la définition de la coutume. Quand donc on dit que la loi est le droit écrit et la coutume le droit non écrit, c'est pour exprimer ce qui se trouve réalisé fréquemment ou la plupart du temps.

Chaque terme de la définition est d'ailleurs repris et commenté; mais, à cette définition de Jacques de Révigny, Jean André semble en préférer une plus brève qu'il fait sienne : « On peut d'ailleurs définir plus brièvement la coutume : un droit institué par les manières de faire de celui qui a, en vertu de l'autorité publique, le pouvoir de créer le droit. *Jus quoddam illius moribus institutum qui auctoritale publica jus condere potest* ». La coutume est donc apparue après le droit naturel, dès le moment où les hommes ont commencé à vivre ensemble, ce qui semble s'être produit à l'époque où Caïn a bâti une ville.

La coutume une fois définie, Jean André résout quatre questions dont la solution facilitera la compréhension de la définition proposée.

En premier lieu, en quoi se ressemblent le droit écrit et la coutume? Il faut tout d'abord savoir distinguer une quadruple cause : la cause matérielle, la cause formelle, la cause efficiente et la cause finale. — La coutume et la loi se ressemblent au point de vue de la cause matérielle; car la coutume imite la loi (9, *ex non scripto, Instit.*, de jure naturali, I, 2); comme la loi civile ou canonique, elle doit donc être juste, honnête, possible. — De même, au point de vue de la forme ou de la cause formelle, la loi doit être certaine et claire; dès lors une coutume incertaine, obscure et impossible ne saurait valoir, selon Hostiensis. — De même encore, au point de vue de la cause efficiente, la coutume et la loi se rapprochent : celui-là en effet peut introduire une coutume qui peut porter sur la même matière une loi; et celui qui ne peut édicter de loi ne peut pas davantage introduire une coutume; la coutume et la loi se ressemblent donc de façon positive et de façon négative. — De même enfin, la coutume et la loi se rapprochent au point de vue de la cause finale : la loi a en vue le bien commun et l'utilité publique (*Grat.*, c. 2, *erit, dist. IV*; l. 1, *lex est, Dig.*, de legibus senat. I, 3); elle sert tant à former les mœurs qu'à juger les cas litigieux (*Grat.*, I, *factæ sunt, dist. IV*) et elle règle la conduite humaine, soit en prescrivant, soit en prohibant, soit en permettant, soit en punissant (*Grat.*, c. 4, *omnis autem, dist. III*; l. 7, *legis virtus, Dig.*, de legibus senat. I, 3). Ainsi en est-il de la coutume.

Ingénieuse manière de rapprocher la loi et la coutume que de les ramener à leur quadruple cause.

En second lieu, en quoi la coutume et la loi diffèrent-elles? Certains veulent que le canon ou la loi diffèrent de la coutume comme le droit écrit et le droit non écrit (3, § Constat, *Instit.*, de jure naturali, I, 2; l. 26,

immo, *Dig.*, de legibus, I, 3). D'autres, tout en reconnaissant que l'écriture est requise pour que la loi ou le canon obligent les ignorants, — ce qui ne se vérifie pas pour la coutume, — affirment cependant que l'écriture ou la non écriture ne différencient pas essentiellement la loi et la coutume; ce qui les différencierait essentiellement, c'est le fait que le consentement est donné d'une façon expresse dans la loi, d'une façon tacite dans la coutume. D'autres juristes encore font remarquer que, si l'on considère la coutume dans son acte introductif, il est impossible qu'elle soit écrite, puisqu'elle tire sa force du consentement tacite et que, seul, le consentement exprès requis pour le statut est nécessairement donné par écrit; mais toutefois, si on considère la coutume au cours de son existence ou dans son observance, rien n'empêche qu'elle soit consignée par écrit pour qu'on en conserve la mémoire.

Jean André ne se prononce pas d'une façon décisive en faveur de l'une ou de l'autre des opinions exposées.

En troisième lieu, poursuit-il, en quoi diffèrent et en quoi se ressemblent la coutume et le statut? Le statut est une loi municipale (*Grat.*, c. 8, jus civile, dist. I; c. 7, *quæ in ecclesiarum*, **X**, de constitutionibus, I, 2; l. 9, *omnes populi*, *Dig.*, de justitia et jure, I, 1). La coutume diffère donc du statut municipal, comme ce qui est exprimé d'une façon expresse diffère de ce qui ne l'est que d'une façon tacite. Ils se ressemblent, en ce que la coutume peut être introduite par celui qui peut aussi établir un statut, et encore, en ce que ce qui peut servir de matière à une coutume peut aussi faire l'objet d'un statut.

Jean André en arrive à la dernière question de sa première division générale :

En quatrième lieu, en quoi diffèrent la coutume, l'usage et le style (on parlera plus loin des différences qui caractérisent la coutume et la prescription)? Certains juristes prétendent que la coutume ne diffère pas de l'usage : certains textes de lois, disent-ils, les unissent en effet par la copule *et* dans la même phrase. A quoi d'autres juristes répondent que la copule *et* n'a pas pour but de confondre les deux termes qu'elle unit l'un à l'autre, mais bien plutôt de les différencier, puisque cette copule unit souvent des choses différentes. Mais les partisans de l'identification entre la coutume et l'usage protestent, en déclarant que la copule *et* a pour signification *c'est-à-dire* : ainsi pensent Jacques de Révigny, Bal.(1) Innocent et Fran.(2). Ils disent donc que le mot *coutume* est employé pour désigner la manière de faire habituelle d'une collectivité et le mot *usage* pour désigner la manière de faire habituelle de personnes consi-

(1) Bal : sans doute Jacques Baudoin, mort en 1235 et maître de Hortiensis.

(2) François de Verceil (Franciscus Vercellensis), jurisconsulte italien, né et professeur à Verceil (Etats Sardes), mort vers 1228.

dérées individuellement. Jacques de Révigny affirme que l'usage ou la manière de faire habituelle diffère de la coutume comme la cause se différencie de l'effet; car la cause, c'est ce qui produit autre chose, et c'est l'usage qui produirait la coutume. Cette opinion ne plaît pas à Pierre de Belleperche (1) : l'usage, dit-il, n'est nullement la cause de la coutume; cette cause c'est le consentement du peuple; mais, comme le consentement du peuple n'est manifesté que par l'usage, on dit de la coutume qu'elle est introduite par l'usage ou les manières de faire ou les mœurs. En conséquence, Pierre de Belleperche déclare que le mot coutume exprime le droit, le mot usage le fait; et, quand on parle de coutume et de long usage en les unissant par la copule *et* dans une même expression, on veut indiquer que la coutume est introduite par un long usage.

Ici reparait donc la distinction de la coutume considérée comme un fait et de la coutume considérée comme un droit.

On prétend aussi, ajoute Jean André, que le style ne se distinguerait pas de la coutume, et cela, en s'appuyant sur la décrétale *Quam gravi*, c. 6, X, de crimine falsi, V, 20, décrétale dans laquelle ce qui a d'abord été nommé coutume est ensuite désigné par le nom de style. Pierre de Belleperche, lui, pensait que le style est le droit non écrit introduit par les seuls usages des juges; dès lors la coutume désignerait l'usage général, le style désignerait l'usage des juges, et seulement celui-là. Pour moi, conclut Jean André, je pense que le style c'est simplement la manière habituelle dont on écrit et, si on désigne cette manière habituelle d'écrire par ce mot, c'est parce que c'est avec un stylet qu'on écrit sur la cire ou sur une tablette.

B. — Jean André aborde maintenant la seconde de ses grandes divisions principales : **Comment se divise la coutume?**

Sur cette seconde question principale il y a de multiples opinions. Hostiensis distinguait quatre espèces de coutume : la coutume générale, la coutume très générale, la coutume spéciale, la coutume très spéciale. D'autres juristes distinguent la coutume publique et la coutume privée : la coutume publique serait un droit introduit par les manières de faire de celui qui, en vertu de l'autorité publique dont il jouit, a le pouvoir de créer le droit...; elle serait tantôt générale, tantôt particulière; générale,

(1) Pierre de Belleperche, Petrus de Bella Pertica, jurisconsulte et diplomate français, évêque d'Auxerre, chancelier de France, né vers 1259 à Lucenay, au diocèse de Nevers, mort en 1308. Formé à l'école de J. de Révigny, il fut, comme son maître, un jurisconsulte renommé et professeur de droit à Toulouse, puis à Orléans. On a de P. de Belleperche des *Répétitions* sur le *Digestum vetus*, des commentaires sur le *Digestum novum*, une lecture sur le Code, un commentaire sur les *Institutes*, des *Quæstiones aureæ*, un recueil de brocards, une dissertation sur les fiefs (voir Tardif : *Droit français*, p. 417 et 418.)

si elle est introduite par les actes fréquents et souvent répétés de celui qui, ayant le pouvoir d'établir un droit général, a posé ces actes dans l'intention de créer un droit général; particulière, si elle est introduite par les actes fréquents et souvent répétés de quelqu'un qui a le pouvoir d'établir un droit particulier. Quant à la coutume privée, elle est l'habitude de parler ou d'agir de tel ou tel particulier, et elle sert à manifester l'intention de ce particulier dans ses paroles, ses actes et ses gestes, ou même dans les paroles, les actes et les gestes d'un autre qui agit pour lui (1)... On divise aussi la coutume en coutume raisonnable et en coutume non raisonnable... La coutume serait non raisonnable de quatre façons, selon Franciscus : soit en raison de la personne qui veut introduire la coutume (c'est le cas dont parle la décrétale 4, quanto, **X**, de consuetudine, I, 4: un inférieur ne peut usurper les droits d'un supérieur); soit en raison de la personne contre laquelle est introduite la coutume (les canons 5, si consuetudinem, et 9, si solus Christus, Decreti prima pars, VIII^e dist. font allusion à de telles coutumes); soit en raison de la matière qui constitue l'objet de la coutume (telles sont les coutumes désapprouvées par les chapitres 12, quum non liceat; 16, quum ex officii; 11, accedentes, **X**, de præscriptionibus, II, 26; et par les chapitres 17, quum instantia, et 21, quum venerabilis, **X**, de censibus, III, 39); soit enfin en raison du peu de temps qu'a duré l'usage (voir le ch. 3, quum ecclesia Sutrina, **X**, de causa possessionis et proprietatis, II, 12).

En réalité Jean André n'insiste pas sur la seconde de ses grandes divisions. Il va en être tout autrement pour la troisième.

C. — Comment la coutume est-elle introduite?

Jean André rapporte d'abord l'opinion d'Innocent et de Compostelle (2).

Innocent et, après lui, Compostelle disent que la coutume peut être introduite de trois façons: en premier lieu, une coutume est introduite, dès qu'il a été jugé conformément à cette coutume, même s'il n'y a pas eu de contradiction élevée relativement à l'existence de cette coutume (9, § ex non scripto, *Instit.*, de jure naturali, I, 2; l. 33, diuturna, *Dig.*, de legibus senat, I, 3; l. 3, testium, *Dig.*, de testibus, XXII, 5; l. 1, præses

(1) Le terme habitude est réservé par l'usage pour désigner les manières d'être ou de faire des individus, et le terme coutume désigne les manières habituelles d'agir des collectivités. Un particulier ne peut avoir que des habitudes et non des coutumes.

(2) Bernard de Compostelle le jeune, chapelain d'Innocent IV, auteur d'une *Margarita compostellana* et d'un *Apparatus* composé en vue des études privées et de la pratique des affaires, trésorier de l'église de Compostelle, mort vers 1250. — Un autre Bernard de Compostelle, appelé l'Ancien, *antiquus*, avait fait, pendant un séjour à Rome, un recueil comprenant les décrétales des dix dernières années du pontificat d'Innocent III, jusqu'au 8 janvier 1208 (Tardif : *Droit canonique*, p. 201).

provinciae, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). — En second lieu, la coutume est considérée comme introduite, quand les demandes portant contre la coutume ne sont plus reçues en justice, ou quand, une fois ces demandes reçues en justice, on juge conformément à la coutume (l. 37, si de interpretatione; l. 38, nam imperator, et l. 41, totum autem, *Dig.*, de legibus senat. I, 3). Mais, dans l'un et l'autre cas, pour qu'on puisse dire que la coutume est introduite, il ne suffit pas d'un seul jugement; il en faut au moins deux, pour que la condition de la longue durée soit réalisée (*Grat.*, c. 25, ita nos, C. XXV, q. 2; l. 3, nemo deinceps, *Cod.*, de episcopali audientia, I, 4; l. 8, monasteria, **X**, de vita et honestate clericorum, III, 1; l. 8, servos, *Cod.*, ad legem Juliam de vi publica seu privata, IX, 12; l. 11, Neratius, *Dig.*, de servo corrupto, XI, 3; Nov. XV, de defensoribus civitatum, épilogue; et tunc rursus, *Grat.*, c. 4, una tantum, dist. XXVI). Il faut aussi qu'on ait refusé, au moins par deux fois, la demande qui a pour objet de protester contre la coutume (l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). — En troisième lieu, la coutume est considérée comme introduite, quand on a déclaré par jugement contradictoire que telle était bien la coutume; dans ce cas, il semble suffisant qu'on ait jugé une seule fois ainsi; car un droit reconnu par un jugement dont il n'a pas été fait appel vaut pour tous; de même il ne semble pas non plus nécessaire, dans ce cas, que la prescription soit accomplie.

A cette première opinion d'Innocent et de Compostelle, opinion qui s'inspire de l'enseignement tant d'Azon que de Hostiensis, Jean André joint celle de Vin. (1).

D'autres juristes disent qu'il ne suffit, ni d'un seul jugement, ni de deux, ni même de plus de deux jugements rendus conformément à la coutume : il faudrait également que le laps de temps requis pour la prescription légitime soit écoulé. A ce sujet Compostelle affirmait que, dans le cas où il plairait au Souverain ou à celui qui détient le pouvoir, de porter une loi décrétant que, à l'avenir, on devra juger conformément à la coutume, alors un seul jugement suffirait, et la prescription ne serait

(1) Vincent de Beauvais de l'ordre des Frères prêcheurs, mort vers 1264, auteur du *Speculum majus* qui devait comprendre quatre parties : *Speculum doctrinale, naturale, historiale, morale* (il n'a pu terminer que les trois premières parties). Cette œuvre est le premier essai d'un exposé systématique de la science du droit et le premier effort pour la coordonner avec les autres sciences. L'édition du *Speculum* imprimée à Douai en 1624 appelle Vincent : Vincentius Burgundus præsul Bellovacensis. Or Vincent n'était cependant pas Bourguignon; il était né probablement dans le diocèse de Beauvais. Il s'était inspiré pour écrire son traité d'un commentaire de Pontius Hispanus, professeur à Bologne en 1213. — Un autre Vincent, élève d'Accurse, qui s'était surtout appliqué à rechercher les références du droit alors en usage avec le droit romain, ne doit pas être confondu avec le Frère prêcheur qui lui a succédé dans l'étude du droit (voir note p. 166).

pas requise, parce que la coutume serait confirmée par ailleurs (il s'appuyait pour soutenir son opinion sur le c. 19, in causis, **X**, de sententia et re judicata, II, 27, et sur la l. 12, si imperialis, *Cod.*, de legibus et constitutionibus principum et edictis, I, 14). Mais Vincent répondait qu'il ne lui plaisait pas qu'on s'appuie sur la décrétale *In causis* pour soutenir qu'un seul jugement contradictoire suffisait avec l'approbation du Souverain; car, dans cette décrétale, faisait-il observer, il s'agit d'un cas d'appel et il n'y est nullement question de savoir s'il y a coutume, mais bien de savoir si la coutume devait être observée. Vincent déclarait donc que, pour lui, la coutume devenait valable par trois modes : par prescription (c. 19, in causis, **X**, de sententia et re judicata, II, 27; c. 3, quum ecclesia Sutrina, **X**, de causa possessionis et proprietatis, II, 12), du moment que le droit est prescriptible; puis, par pacte ou par consentement de la partie adverse (l. 13, venditor, *Dig.*, communia prædiorum, VIII, 4); enfin, par jugement contradictoire rendu sur cette question précise : la coutume existe-t-elle? Mais, dans ces trois cas, il fallait qu'il n'y ait pas eu appel interjeté, et aussi, que le juge ait porté sa sentence sans être dans l'erreur et sans avoir subi de corruption (l. 30, eum qui, § 3, in popularibus, *Dig.*, de jurejurando, XII, 2); car alors, et alors seulement, la chose jugée a force obligatoire pour les tiers et, dans l'avenir, on n'est plus tenu à faire la preuve de l'existence de la coutume; et cela, ajoutait Vincent, parce que la sentence n'introduit pas la coutume, mais déclare simplement qu'elle existe (l. 8, sicut, § 2, distant, et, § 3, et si, *Dig.*, si servitus vindicetur, VIII, 5) : la sentence rendue exempte du fardeau de la preuve.

Enfin Jean André insiste sur une troisième opinion qui tient compte, tant de la cause efficiente que de la cause matérielle de la coutume, pour définir à quelles conditions elle acquiert force de loi.

D'autres juristes encore disent que la coutume est introduite par sa cause efficiente et sa cause matérielle. — En ce qui concerne la cause efficiente de la coutume, il faut que celui qui introduit la coutume ait le pouvoir de porter sur le droit en question une loi générale ou locale : alors, il aura aussi la puissance voulue pour introduire une coutume soit générale soit locale. — En ce qui concerne la matière de la coutume, elle consiste dans les actes et les manières de faire des hommes (*Grat.*, c. 4, mos est, dist. I). Il faut donc que ces actes et manières de faire soient tels que, par eux, se manifeste clairement le consentement tacite de celui qui introduit la coutume.

Ces opinions bien rappelées, ajoute Jean André, les docteurs, qui traitent la matière des lois, disent que, pour introduire une coutume, trois choses sont requises : 1^o la fréquence des actes; 2^o le consentement de la majeure partie du peuple; 3^o un certain laps de temps.

Et c'est cette doctrine que Jean André fait sienne; aussi examine-

t-il minutieusement chacune des trois conditions requises pour l'introduction d'une coutume.

1^o *Tout d'abord il faut des actes fréquents* (l. 1, *præses provinciæ, Cod.*, *quæ sit longa consuetudo*, VIII, 52; l. 3, *an in totum, Cod.*, de *ædificiis privatis*, VIII, 10). Or, un acte peut être dit fréquent, dès lors qu'il a été répété deux fois, d'après certains textes déjà cités et selon l'opinion d'Azon et d'Accurse. Mais Jacques Bal. (1) disait qu'un acte deux fois posé ne constituait pas un acte fréquent; car les législateurs ne tiennent pas compte de ce qui s'est produit deux fois seulement. Aussi certains juristes exigent-ils dix actes, afin que la coutume soit constituée par dix actes, comme un troupeau l'est par dix brebis (l. 3, *oves, Dig.*, de *abigeis*, XLVII, 14). Mais on pourrait aussi bien apporter d'autres chiffres, en s'appuyant, par exemple, sur le ch. Millies des Décrétales de Grégoire IX, titre de *electione* (I, 6); la coutume suppose en effet une multiplicité d'actes et, de même que la foule est un ensemble d'hommes et le troupeau un ensemble de brebis, ainsi la coutume doit-elle être un ensemble d'actes. Jacques de Révigny admet cependant l'opinion d'Azon, à savoir que deux actes répétés constituent un acte fréquent (l. 3, *testium, Dig.*, de *testibus*, XXII, 5; Nov. XV, de *defens. civit. et Nov. XCIV*, ut *sine prohibitione matres*). Et, à l'objection qu'on lui présente, il répond que, dans ce cas, il est question d'une multitude de femmes qui se lamentent : or, dit-il, dans un tel cas, un même acte répété deux fois ne saurait constituer un acte fréquent; car, c'est souvent en tenant compte des circonstances, qu'on peut établir quel est le nombre d'actes requis pour qu'il y ait fréquence. D'autres légistes soutiennent qu'il faut s'en rapporter au jugement du juge, et que celui-ci tiendra compte de la qualité des actes, des conditions des personnes et de l'objet de la coutume (c. 4, de *causis*, X, de *officio et potestate judicis delegati*, I, 29); ainsi on ne pourrait donner une définition certaine de la fréquence des actes, pas plus qu'on ne peut dire avec précision quand il y a « retard » (l. 32, *mora, Dig.*, de *usuris*, XXII, 1).

A l'appui de cette opinion on apporte l'exemple suivant : quelqu'un a construit un pont ou un portique sur une voie publique, chose qu'il ne pouvait faire de par le droit (l. 41, *olympico, Dig.*, de *servitutibus prædiorum urbanorum*, VIII, 2; l. 4, *quæsitum est, Dig.*, de *fluminibus*, XLIII, 12). Or, dans la circonstance, la voie publique se trouvait être une rue publique très large et très fréquentée. Supposons qu'un autre particulier ait fait la même construction cinq ans après, puis, que le peuple ait acquiescé et n'ait pas élevé de contradiction. Il suffirait de deux actes aussi publics pour constituer une coutume (l. 27, *sancimus*,

(1) Sans doute Jacques Baudoin. C'est par erreur que l'édition de Venise de 1581, porte Jacques But. L'édition de Venise de 1489 porte bel et bien Jaco. Bal.

Cod., de testamentis : quemadmodum testamenta ordinautur, VI, 23). Mais, imaginons que ces ponts ou portiques aient été édifiés sur une voie qui, bien que publique, était si peu fréquentée, que c'est à peine si on y passait cinq fois par an; alors, on ne pourrait plus dire que deux actes suffisent pour manifester le consentement du peuple; car il pourrait fort bien les ignorer (c. 41, si aliquando, *X*, de sententia excommunicationis, V, 39; l. 19, § Labeo, *Dig.*, de aqua et aquæ pluvie arcendæ, XXXIX, 3; l. 15, semper, § 3, hoc interdictum, et § 5, sed si, *Dig.*, quod vi aut clam, XLIII, 24; l. 43, palam, *Dig.*, de ritu nuptiarum, XXIII, 2; l. 21, stipulato, § 3, opus, *Dig.*, de operis novi nuntiatione, XXXIX, 1).

Autre exemple : une sentence a été portée sur une matière de peu d'importance entre gens peu connus et elle n'intéresse que peu de monde. Par contre, voici une sentence qui porte sur une matière importante entre gens considérables et qui intéresse le grand public. Dans le premier cas il faudra plus de témoins que dans le second cas pour manifester le consentement du peuple.

Pierre de Belleperche, lui, faisait remarquer que la fréquence des actes n'était pas par elle-même nécessaire pour introduire une coutume, et que le consentement du peuple suffisait. Or ce consentement, ajoutait-il, pouvait être manifesté, soit par un seul acte, soit par plusieurs; seulement, comme il n'est pas facile de constater l'existence du consentement du peuple quand il n'y a qu'un acte, on parle ordinairement d'actes fréquents ou d'un usage fréquent (l. 3, nemo deinceps, *Cod.*, de episcopali audientia, I, 3...). Mais Guillaume de Gannat (1), à propos de la loi 32, de quibus (*Dig.*, de legibus senat, I, 3), soutient qu'un seul acte ne peut jamais suffire (l. 3, an in totum, *Cod.*, de ædificiis privatis, VIII, 10; l. I, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; l. 1, Deo auctore, § 10, sed et si quæ, *Cod.*, de veteri jure enucleato, I, 17). En effet, puisque la coutume doit être introduite par des actes fréquents, ce qui ne se fait qu'une fois ne peut être dit fréquent (l. 5, nam ad ea, *Dig.*, de legibus senat, I, 3), et la pluralité ne peut être réalisée par un seul acte (l. 12, ubi, *Dig.*, de testibus, XXII, 5). Il déclare donc qu'il faut au moins deux actes; mais il n'entend pas dire pour autant que deux actes suffisent toujours. Inutile d'objecter que, par ailleurs, Guillaume de Gannat a affirmé qu'il n'y avait pas à tenir compte du nombre des actes, du moment que le peuple a sûrement donné son consentement: car il a pris soin de dire que ce consentement ne peut jamais être manifesté par un acte unique.

De plus il faut des actes successifs: toutefois, si plusieurs actes inter-

(1) De Cuneas Guilhelmus (et Cuneo G. de) ou Gannato, Guillaume de Gannat, théologien français, né à Gannat, mort vers 1188, — ou encore G. de Cannato, C. de Conneo, G. Conneus, G. Cuneas, G. de Cuneo, G. Gannacus, G. Gannaëus et G. Gannatensis (Franklin, *Dict.*).

venaient en une heure ou le même jour, ils ne compteraient que pour un seul; car quoique, dans certains cas, il soit indifférent qu'une chose se fasse en deux moments ou en un seul (l. 137, *ter enixa*, *Dig.*, de verborum significatione, L. 16; l. 3, *statu liberos*, § 13, *Stichus*, *Dig.*, de statuliberis, XL, 7), cependant, dans ce cas, il importe que les actes par lesquels le consentement est manifesté soient successifs, et non pas simultanés; la délibération en effet n'est pas la même, quand elle ne comporte qu'un instant, ou quand elle en comporte plusieurs. Or, quand les actes posés le sont simultanément, une même erreur peut être cause qu'on n'élève de contradiction ni pour l'un ni pour l'autre de ces actes, tandis que, s'il y avait eu un intervalle entre les actes posés, la réflexion aurait vraisemblablement permis que la protestation, non faite après le premier acte, soit faite après le second (l. 22, *si mulier*, *Cod.*, ad senatus consultum Velleianum, IV, 29; l. 32, *illud*, *Dig.*, ad legem Aquiliam, IX, 2; l. 12, *quingenta*, *Dig.*, de probationibus, XXII, 3; l. 33, *plerique*, *Dig.*, de ritu nuptiarum, XXIII, 2; l. 16, *si fundus*, § 8, *si duo*, *Dig.*, de pignoribus et hypothecis, XX, 1; l. 43, *Paulus*, *Dig.*, de re judicata et de effectibus sententiarum, XLII, 1; argument pour et contre, voir c. 2, *quamvis rigor*, *Clem.*, de appellationibus, II, 12).

Et voici close la longue discussion relative à ce qu'il faut entendre par l'expression : actes fréquents. Selon Azon et Accurse, pour qu'il y ait fréquence, il suffirait de deux actes, contrairement à ce que voudrait Jacques (Baudoin) qui exigeait au moins dix actes; Jacques de Révigny soutient l'opinion d'Azon. Selon d'autres, il convient de s'en remettre à la décision du juge, qui devra tenir compte de la qualité des actes, de la condition des personnes et de l'objet de la coutume. En fait, les circonstances peuvent tellement varier, que le consentement du peuple, qui apparaîtra parfois facilement dès un premier acte, pourra, dans d'autres cas, ne pas être manifeste après plusieurs actes. Aussi Pierre de Belleperche disait-il que c'était la manifestation du consentement du peuple, et non la fréquence des actes, qui était exigée pour introduire une coutume. Enfin, pour Guillaume de Gannat, un acte isolé ne suffit jamais, et deux actes peuvent même ne pas être suffisants. — De plus, en règle générale, il faut des actes successifs, et non simultanés, pour que leur production manifeste avec certitude le consentement du peuple : il est en effet des cas, où des actes multiples, posés simultanément, ne laissent pas à la réflexion le temps de se produire pour élever une contradiction. — Au milieu de tant d'opinions, les préférences de Jean André sont à peine discernables.

2^o Il en sera de même quand Jean André aura achevé d'étudier la question de savoir ce qu'il faut entendre *par le consentement de la majeure partie du peuple*, ce consentement constituant la seconde condition requise pour l'introduction d'une coutume.

Quand je parle du consentement du peuple ou de la majeure partie du peuple, reprend Jean André, il faut sous-entendre « du peuple qui est apte à créer soit une loi soit une coutume »; et cela, afin d'exclure, d'abord, les déments et les fous (c. 3, *quum dilectus*, **X**, de *successoribus ab intestato*, III, 27; c. 24, *dilectus*, **X**, de *sponsalibus et matrimoniis*, IV, 1; l. 2, *nam et Demosthenes*, *Dig.*, de *legibus senat.*, I, 3); puis, les mineurs qui n'ont pas voix parfaite (c. 32, *ex eo quod*, in-6^o, de *electione*, I, 6; l. 8, *ad rem publicam*, *Dig.*, de *muneribus et honoribus*, L, 4; l. 8, *Spurii*, *Dig.*, de *decurionibus et filiis eorum*, L, 2); et enfin, les femmes dont le consentement n'est pas requis : en effet, quand il est question de la création de la loi, il est dit que la loi est une ordonnance d'*hommes prudents*, *virorum prudentium* (l. 1, *lex est*, *Dig.*, de *legibus*, I, 3). Si donc le fait, que, parmi les femmes, c'est la première-née qui succède, a de l'importance pour introduire une coutume, ce n'est pas en raison du consentement que les femmes peuvent donner à ce fait; mais bien en raison du consentement de ceux qui sont témoins de ce fait. Néanmoins, s'il se rencontrait des communautés de femmes qui aient la capacité de créer une loi locale, elles pourraient aussi introduire dans le même lieu une coutume (c. 4, *dilecti*, **X**, de *arbitris*, I, 43; c. 12, *dilecta*, **X**, de *majoritate et obedientia*, I, 33; c. 8, *ea quæ*, **X**, de *statu monachorum et religiosorum regularium*, III, 35).

Tout ceci n'offre pas d'obscurité; mais, par contre, voici un passage autrement difficile à comprendre. Il s'agit de savoir *comment recueillir le consentement tacite tant du peuple que du clergé et d'un chapitre*.

Dix questions sont à examiner sur ce point, déclare Jean André. *Par la première question, nous nous demandons comment on procède pour recueillir le consentement tacite du peuple*, en général d'abord, puis dans le cas particulier où c'est le premier-né qui reçoit la totalité de la succession en vertu de la coutume, alors que de droit commun c'est le plus ancien dans l'église qui choisit la prébende vacante; en ce cas, c'est-à-dire quand le premier né recueille la succession totale, comment compte-t-on les personnes présentes? La même question se pose quand c'est un autre que le premier né qui recueille la succession : comment alors arrive-t-on à connaître que la majeure partie du peuple a donné son consentement? Même question, c'est-à-dire comment connaître l'opinion de la majeure partie, soit du clergé, soit d'un chapitre, dans le cas où ce sont les plus anciens qui sont appelés successivement à exercer leur choix? — De droit commun, la règle est que les personnes présentes et les assistants sont considérés comme donnant leur consentement dans les matières qui sont d'utilité publique (l. 2, *quotiens*, *Dig.*, *ad municipalem*, L, 1). Car, ceux qui se taisent ont le pouvoir, en rompant le silence, d'empêcher l'acte de produire son effet. Mais, objectera-t-on, quand nous parlons du plus âgé, c'est-à-dire de l'aîné, les autres (les plus jeunes) ne peuvent

l'empêcher de succéder : de même en est-il quand il s'agit de la coutume ; les plus jeunes n'ont pas le pouvoir de s'opposer à son établissement (c. 5, *nonne bene*, **X**, de *præsumptionibus*, 11, 23; l. 3, *ejus est nolle*, *Dig.*, de *diversis regulis juris antiqui*, L, 17). A quoi on peut répondre : ceux qui se taisent ont toujours le pouvoir, en rompant le silence, d'empêcher l'acte de produire son effet ; car il s'agit, non pas d'un consentement à donner nécessairement sur-le-champ et qui produira immédiatement son effet, mais d'un consentement de complaisance, lequel ne produit pas son effet par lui seul et immédiatement, mais seulement par son maintien durant un long temps. — Ou bien encore on répondra : bien que les étrangers à la cause n'aient pas la facilité de faire appel, en vue d'annuler la sentence portée en leur présence, néanmoins ils pourraient contredire *en fait* la sentence rendue, de telle façon que la coutume ne soit pas introduite. Ainsi en est-il dans le cas où un fils est appelé à recevoir des présents : bien que, en droit, le père ne puisse annuler la donation, si cependant il ne veut pas passer pour consentant, il doit en fait protester et contredire (l. 6, *spurii*, § 4; *pater*, *Dig.*, de *decurionibus*, L, 2).

Jean André ne semble pas résoudre la question posée : du moins, il montre qu'il y a une difficulté très réelle à vaincre pour savoir à quel moment on peut dire que le peuple ou la majeure partie du peuple d'une part, le clergé ou la majeure partie du clergé d'autre part, ont donné leur consentement. Comment en effet compter les personnes présentes ? Comment recueillir leurs suffrages ? Comment savoir si le simple silence des personnes présentes est un signe de consentement donné à la coutume qui joue en fait ? Ce simple silence suffit-il, par exemple, pour que la succession soit conférée à l'aîné, en vertu de la coutume ainsi introduite, alors que, de par le droit, c'est le plus ancien membre du chapitre qui doit recueillir la succession ? Première question vraiment bien compliquée et qui demeure sans solution précise.

La seconde des dix questions à résoudre est la suivante : *la coutume est-elle introduite si c'est par erreur que le consentement a été donné ?* Par exemple : un clerc pensait que, en vertu du droit antique, c'était lui qui pouvait exercer son choix sur la prébende devenue vacante par décès ; mais les gens du peuple pensaient, eux, que la loi voulait que ce fût l'aîné qui recueillît la succession dans sa totalité, et, selon cette croyance (erronée), ils ont fait longtemps usage de ce droit qui constituait l'aîné héritier unique. — Autres exemples : pendant un long temps, les gens du peuple ont agi comme si le vendeur n'était pas responsable des défauts et des maladies des animaux vendus. Ou encore, ils ont agi comme si, une fois son épouse défunte, le mari héritait de la dot ; et le motif de leur manière de faire, c'est qu'ils croyaient (par erreur) que telle était la loi. En ces divers cas la coutume est-elle introduite ? — Certains textes sem-

blent dire qu'elle ne l'est pas, puisqu'ils déclarent que celui qui fait erreur ne consent pas (*Grat. c. 11, quamvis, dist. XXXVIII; l. 15, si per errorem, Dig., de jurisdictione, II, 1*). Mais d'autres textes disent le contraire (*l. 39, quod non ratione, Dig., de legibus senat., I, 3, par exemple*). — Quant aux juristes ils ne sont pas moins en désaccord : certains disent que, malgré l'erreur, la coutume est introduite, parce que le peuple fait, d'une chose non consentie jusqu'alors, une chose consentie désormais; le peuple, en effet, peut sciemment supprimer la loi et introduire une pratique contraire par l'intermédiaire de transgresseurs agissant volontairement contre la loi; à plus forte raison, peut-il donc faire de même par l'intermédiaire de transgresseurs agissant sans le savoir et par erreur contre la loi. — D'autres juristes soutiennent, à l'opposé, que la coutume n'est pas introduite par un consentement donné par erreur; car la coutume requiert le consentement : or quiconque agit par erreur ne consent pas. Il en est de même dans le cas où le peuple veut supprimer une loi (*l. 1, lex Falcidia, Dig., ad legem Falcidiam, XXXV, 2*); quand il fait erreur, il ne veut pas sa suppression (*l. 19, mater, verbo; nec enim, Dig., de inofficioso testamento, V, 2*). — Les partisans d'une troisième opinion distinguent entre l'erreur de fait et celle de droit. Si l'erreur commise est une erreur de fait, il n'y a pas consentement, disent-ils. Voici un exemple tiré de la loi 15, si per errorem, *Dig., de jurisdictione, II, 1* : sa femme morte, un mari s'est emparé de la dot et des biens paraphernaux de la défunte, et cela s'est produit dans plusieurs circonstances; or le peuple a laissé faire la chose sans protester pendant le laps de temps requis pour la prescription; mais il n'a laissé faire ainsi, sans protester, que parce qu'il croyait à tort, — par suite d'une erreur de fait, — que, dans ces divers cas, tous les biens dont s'emparaient le mari étaient dotaux, et, conséquemment, lui revenaient; dès lors le consentement du peuple a fait défaut; la coutume n'a donc pu être introduite (*l. 1, si cui, et l. 2, in summa, Dig., de aqua et aquæ pluviæ arcendæ, XXXIX, 3*). Si, au contraire, l'erreur commise est une erreur de droit, elle porte, ou sur le droit naturel, ou sur le droit positif : si elle porte sur le droit naturel, la coutume introduite par erreur ne supprime pas la loi; car, même sciemment, donc sans erreur commise, le peuple ne peut supprimer le droit naturel; si elle porte sur une règle du droit positif, c'est la première opinion qui triomphe : la coutume est introduite, et cela, pour la raison apportée plus haut. — Mais voici une quatrième opinion : Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche distinguent le cas où la coutume introduite par consentement erroné est contraire à la loi, *contra legem*, et le cas où elle est en dehors de la loi, *præter legem*. — S'il s'agit d'une coutume contraire à la loi, qu'on prend à tort pour une coutume conforme à la loi, elle ne saurait être introduite par consentement erroné, disent-ils; car, ce qui est fait en vue de défendre la loi et en vue

de son observance, ne saurait servir à sa suppression. Or le peuple agit dans l'intention d'observer la loi, puisqu'il croit que la loi ordonne ce qu'il fait; donc il ne consent pas, à proprement parler, à la coutume contraire à la loi, et celle-ci n'est pas introduite (l. 72, Cum tale, § 4, si, *Dig.*, de conditionibus et demonstrationibus, XXXV, 1; regula 61, quod ob gratiam, in-6°, de regula juris, V, 12; l. 20, is qui usum fructum, *Dig.*, quibus modis usus fructus vel usus amittitur, VII, 4). — Mais, s'il s'agit d'une coutume en dehors de la loi, *præter legem*, Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche établissent une sous-distinction : l'erreur du peuple porte, ou bien sur la cause impulsive de l'acte, ou bien sur sa cause finale. Si l'erreur porte sur la cause impulsive de l'acte, la coutume vaut; si elle porte sur la cause finale, la coutume ne vaut pas; et ces auteurs appuient leurs réponses sur des décisions données pour les dispositions de dernière volonté... En effet, déclarent-ils, la formule : celui qui se trompe ne consent pas, ne s'applique que quand celui qui se trompe fait erreur sur la cause finale de son acte, et non pas quand il fait erreur sur le motif qui le fait agir. Or, quand le peuple se trompe sur la cause finale de l'acte introductif de la coutume, ce n'est pas sur le motif qui le fait agir qu'il se trompe, mais bien sur la cause qui le porte à agir : aussi, s'il consent à l'acte, ne consent-il pas à la cause qui le produit, et, dès lors, la coutume introduite par erreur ne saurait valoir (l. 15, si per errorem, *Dig.*, de jurisdictione, II, 1; Gratianus, § 1, his ita respondetur, C. XXIX, q. 1). Ainsi, si je crois par erreur te devoir un livre en raison d'un legs et que je te transfère la possession de ce livre, je te transfère la propriété (comme l'indiquent toutes les lois contenues dans le titre VI, de *condicione indebiti*, livre XII du *Digeste*); l'erreur ici porte en effet sur la cause impulsive : je crois te devoir un livre par legs, alors que je ne te le dois pas; mais non sur la cause finale : car, c'est bien la propriété de ce livre que je veux te transmettre.

La discussion très savamment conduite par Jean André peut se résumer comme il suit. A la question : la coutume introduite par consentement erroné vaut-elle? quatre principales réponses ont été faites. Pour les uns, la coutume vaut; car le peuple, qui peut supprimer une loi par des actes posés volontairement contre la loi, peut à fortiori la supprimer par des actes posés sans le savoir contre la loi. Pour d'autres, la coutume ne vaut pas; car celui qui fait erreur ne consent pas. Une troisième catégorie de juristes distinguent entre l'erreur de fait et l'erreur de droit : si l'erreur qui vicie le consentement porte sur le fait, la coutume introduite ne vaut pas; si l'erreur porte sur le droit, la coutume introduite vaut, à condition qu'il s'agisse d'une erreur portant sur le droit positif, et non sur une disposition de la loi naturelle; car le peuple a le pouvoir de créer le droit positif et de le modifier. Mais Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche établissent une sous-distinction et

émettent une quatrième opinion : il faut considérer, disent-ils, si la coutume introduite par consentement erroné est contraire à la loi, *contra legem*, ou simplement en dehors de la loi, *præter legem* ; si elle est contraire à la loi, la coutume ne peut être introduite par consentement erroné, car ce qui est fait dans l'intention d'appliquer la loi ne peut lui nuire ; si elle est en dehors de la loi, la coutume peut être introduite par consentement erroné, à condition que l'erreur ne porte pas sur la cause finale de l'acte, mais seulement sur sa cause impulsive. — Toutes ces distinctions et sous-distinctions ne manquent certes pas de subtilité, mais elles ont un caractère juridique remarquable. La scolastique pénètre l'esprit de Jean André, non moins que celui de Jacques de Révigny et de son partenaire : la théorie de la coutume n'est plus simplement proposée, elle est scientifiquement discutée.

Du consentement erroné se rapproche le consentement arraché par force. *La coutume introduite par consentement arraché de force vaut-elle?* se demande maintenant Jean André, passant à l'examen de la troisième des dix questions qu'il a posées dans le sommaire de sa troisième division générale.

Un exemple : la majeure partie du peuple, moins deux personnes, a pour pratique de laisser la succession au premier-né. Un premier-né, espérant recueillir seul l'héritage paternel, contraint les deux personnes, dont le consentement fait défaut pour que la majorité soit atteinte, à donner leur consentement ; la majorité se trouve ainsi obtenue et la coutume joue : mais est-elle juridiquement valable ? Est-elle vraiment introduite par ce consentement arraché de force ? — De prime abord il semblerait que non : car, dans son édit, le préteur a déclaré que ce qui a été fait par violence ou par crainte, il ne le ratifie pas (l. 1, *prætor ait*, et per totum, *Dig.*, quod metus causa gestum erit, IV, 2). — Mais, par contre, d'autres textes semblent dire que la coutume vaut : car la coutume peut être introduite par jugement (l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3 ; l. 1, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). Or le jugement est rendu contre le gré même des parties (l. 83, inter stipulantem, § 1, si Stichum, *Dig.*, de verborum obligationibus, XLV, 1). — Pierre de Belleperche, lui, distinguait le cas où le consentement forcé était arraché par une personne privée du cas où il l'était par un juge. Dans le premier cas, le consentement arraché par une personne privée ne profiterait pas en raison des textes invoqués ci-dessus (et aussi l. 17, si privatus, *Dig.*, qui et a quibus manumissi liberi non fiunt, XL, 9). Dans le second cas, Pierre de Belleperche sous-distinguait : le consentement arraché par le juge l'a été, ou bien en tant qu'il exerçait la juridiction, ou bien en tant que personne privée. Si le consentement a été arraché par le juge agissant par voie de juridiction, le consentement est valable et parfait la coutume (l. 34, cum

de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3); et, à cela, rien d'étonnant pour les trois motifs suivants : a) d'abord, le consentement forcé demeure un véritable consentement, même dans le cas où la coaction est illicite *Grat.*, c. 1, merito quæritur, C. XV, q. 1; l. 21, si mulier, *Dig.*, quod metus causa, IV, 2); à fortiori, demeure-t-il véritable dans le cas où la coaction est licite et respecte l'ordre établi par le droit, encore que le juge agisse d'une façon inique en extorquant ce consentement... b) puis, bien que le consentement ait été arraché au cours d'un jugement, ce consentement demeure cependant volontaire, non seulement pour celui qui a été forcé de le donner, mais aussi pour les gens du peuple qui semblent approuver ce qui est fait, puisqu'ils n'ont pas élevé de contradiction; c) enfin, quoique le consentement soit arraché de force, sa mauvaise qualité se trouve purgée par la prescription (c. 21, ad id, **X**, de sponsalibus et matrimoniis, IV, 1). — Mais, si le consentement a été arraché par le juge en tant que personne privée, ce consentement ne saurait être profitable pour la coutume; car c'est comme s'il avait été arraché par un simple particulier (c. 7, conquerente, **X**, de restitutione spoliatorum, II, 13); la personne contrainte pouvait en effet licitement résister à ce juge (l. 5, prohibitum, *Cod.*, de jure fisci, **X**, 1; l. 5, devotum, *Cod.*, de metatis et epidemeticis, XII, 40). Et la raison pour laquelle la solution diffère dans les deux cas distingués par Pierre de Belleperche, c'est que, quand le juge agit par voie de juridiction, mais dans ce cas seulement, sa volonté n'est autre que celle du pouvoir établi (l. 13, si ob causam, *Cod.*, de evictionibus, VIII, 44; c. 15, quod ad consultationem, **X**, de sententia et re judicata, II, 27).

En résumé la coutume introduite par consentement arraché de force ne vaut, comme le dit Pierre de Belleperche, que si ce consentement a été arraché par un juge agissant en tant que représentant du pouvoir public ou par voie de juridiction.

La quatrième et la cinquième des questions énumérées par lui, Jean André ne fait que les énoncer; car il en a donné déjà ou en donnera plus tard la solution : *une coutume peut-elle être introduite par le non-usage? Un acte judiciaire est-il requis pour introduire une coutume?* Par contre Jean André examine longuement la sixième question.

Le juge introduit-il une coutume en rendant plusieurs jugements contraires à la loi, par exemple, en déclarant plusieurs fois que c'est le premier-né qui doit recueillir toute la succession, contrairement à ce que veut la loi qui distribue la succession, par parts égales, entre les enfants?

Il semblerait que le juge puisse par cette façon de faire introduire valablement une coutume (l. 33, diuturna, et l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; l. 1, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit

longa consuetudo, VIII, 52). Mais on peut aussi soutenir le contraire pour les trois raisons suivantes : a) la solution donnée pour un cas particulier n'a pas de valeur pour les autres cas en général (l. 63, *sape*, *Dig.*, de re judicata et de effectu sententiarum, XLII, 1; l. 5, ad solutionem, *Cod.*, de re judicata, VII, 52); b) une sentence nulle ne saurait avoir aucun effet. Or une sentence rendue contrairement à la loi est nulle (l. 5, nam et si sub conditione, *Dig.*, de injusto rupto irritato facto testamento, XXVIII, 3); c) une coutume ne vaut que si elle est approuvée par la loi : or ce qui est introduit contre le droit ne saurait être approuvé par lui en fraude de la loi (l. 37, *auxilium*, *Dig.*, de minoribus viginti quinque annis, IV, 4).

En présence de ces discussions, quelle solution convient-il d'adopter? Celle-ci, déclare Jean André : en jugeant plusieurs fois contre la loi, le juge introduit la coutume contraire à la loi, toutes les fois que les sentences ont été rendues avec le consentement du peuple ou de la majeure partie du peuple, et que le laps de temps requis pour la prescription s'est trouvé écoulé. — Quant aux trois raisons apportées pour nier qu'une sentence plusieurs fois rendue puisse introduire une coutume, voici comment on peut les rétorquer : la première raison, qui déclare que la sentence rendue pour un cas particulier n'a de valeur que pour les parties et ne peut nuire aux tiers, cette raison est vraie en elle-même; mais, dès que le consentement du peuple, — le rôle que Jean André fait jouer au consentement du peuple est tout à fait digne de remarque, — recouvre de son autorité la sentence rendue contrairement à la loi, il en résulte que la coutume est considérée comme loi; et la sentence ainsi approuvée est opposable aux tiers, c'est-à-dire aux autres personnes qu'aux parties en présence. — A la seconde raison invoquée, à savoir qu'une sentence nulle ne peut avoir aucun effet, il convient de répondre : ou bien, que les sentences portées contre le droit ne sont nulles que si elles énoncent en termes exprès une erreur (c. 13, quum inter vos, **X**, de sententia et re judicata, II, 27; l. 27, *præses*, et l. 32, cum prolatis, *Dig.*, de re judicata et effectu sententiarum, XLII, 1); ou bien, que, quoique les sentences rendues contre le droit soient nulles en elles-mêmes, cependant elles acquièrent force juridique en raison du consentement du peuple qui les recouvre de son autorité, de telle sorte que ce qui ne peut profiter aux parties en cause pourrait cependant profiter aux tiers (l. 6, postumus, *Dig.*, de inofficioso testamento, V, 2). Ainsi donc, les sentences rendues contre le droit seraient bien sans effet en tant que sentences; mais le consentement de tout le peuple ou de la majeure partie du peuple, qui se manifeste à l'occasion de ces sentences nulles, aurait pour résultat, quand le laps de temps requis pour la prescription est écoulé, d'introduire la coutume, si bien que la dernière sentence rendue confirmerait, grâce

au consentement donné, les sentences précédentes; ce que la première sentence, à elle seule, n'aurait pu faire, la dernière sentence le réaliserait grâce au consentement du peuple d'une part, à la prescription d'autre part (l. 11, *per fundum, Dig., de servitutibus prædiorum rusticorum*, VIII, 3). Par le fait même, il apparaît que la coutume peut être introduite par des sentences rendues contrairement à la loi, même si l'exécution de ces sentences n'a pas lieu : car la non-exécution d'une sentence ne provient pas d'un défaut du droit, mais bien de la négligence de la partie qui a omis de l'exiger conformément à la loi (c. 26, *quarenti, X, de officio et potestate judicis delegati*, I, 29); en effet, dès qu'il ne reste plus qu'un simple ordre d'exécution à donner, le consentement requis existe et la coutume est introduite du fait même que les sentences sont rendues, même si l'exécution de ces sentences ne suit pas (l. 6, si quis filio exheredato, § 5, *irritum, Dig., de injusto, rupto irritato facto testamento*, XXVIII, 3...). — Il reste à répondre à la troisième raison alléguée, à savoir qu'une coutume ne valant que si elle est approuvée par la loi, la coutume contre la loi ne peut jamais être valablement introduite. Pour réduire à néant cette troisième raison, certains juristes distinguent le cas où la coutume offense la loi même qui lui est contraire, et le cas où elle offense une autre loi. D'autres disent que la formule : une coutume ne vaut que si elle est approuvée par la loi, est vraie, sauf dans le cas où l'approbation vient à être donnée à la coutume par l'autorité de la même loi ou d'une autre loi. Or tel serait le cas dans l'hypothèse envisagée ici. Mais Pierre de Belleperche n'approuve pas cette dernière réponse de Jacques de Révigny ; car il ne veut pas admettre que la loi puisse consentir à sa propre destruction (*Grat.*, c. 4, si ea, C. XV, q. 2). Pierre de Belleperche soutient donc que la coutume qui s'insurge contre la loi ne peut invoquer la loi même, et que, si une telle coutume obtient force juridique, ce n'est pas par l'autorité même de la loi, mais parce qu'elle reçoit directement son autorité du peuple, tout comme la loi elle-même; c'est donc pour cette raison qu'une telle coutume doit être observée au dire de Pierre de Belleperche.

En d'autres termes, selon Jean André, la coutume peut être introduite par une série de jugements rendus contrairement à la loi, à condition que le consentement du peuple, ou au moins de la majorité du peuple, ait ratifié les sentences ainsi rendues, et que le laps de temps requis pour la prescription soit écoulé.

Jean André en arrive à une septième question :

Une coutume qui n'a pas été contredite a-t-elle force de loi? Par exemple : la coutume veut que ce soit le premier-né qui succède, ou encore que ce soit le plus ancien chanoine qui exerce le premier son choix; or cette coutume n'a jamais été contredite : vaut-elle?

Il semblerait que non, d'après plusieurs textes (c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, V, 40; l. 1, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). Mais d'autres textes favorisent la solution opposée : car la loi est introduite sans contradiction (l. 1, lex est, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). Donc la coutume peut l'être de même (l. 32, de quibus, § 1... nam quid interest, *Dig.*, de legibus senat., I, 3).

Jacques de Révigny, lui, distinguait deux cas, selon que, par le fait qu'aucune contradiction n'avait été élevée, il apparaissait que le peuple ne voulait pas introduire la coutume ou que cela n'apparaissait pas. Mais Pierre de Belleperche n'approuvait pas cette distinction : selon lui, la coutume est bien introduite par des actes répétés, même si aucune contradiction ne s'est produite; toutefois elle ne confère qu'une simple possibilité pour les tiers de se servir de cette coutume; ils peuvent donc se servir de cette coutume même contre le gré de la partie adverse (car la coutume ne diffère de la loi que comme ce qui est tacite de ce qui est exprimé); mais ils ne sauraient être obligés de l'observer dans la suite contre leur gré; car on ne commence à prescrire contre quelqu'un que du moment où il y a eu contradiction et, par conséquent, acquiescement : ainsi, si j'ai interdit à quelqu'un qui venait à mon moulin d'aller à un autre, je ne commence à prescrire contre lui qu'après qu'il a donné son acquiescement à cet ordre (l. 1, si quas actiones, et l. 2, si aquam, *Cod.*, de servitutibus et de aqua, III, 35; c. 3, quum ecclesia Sutrina, **X**, de causa possessionis et proprietatis, II, 12; c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, V, 40).

Donc, conclut Jean André, une coutume non contredite vaut; mais elle ne devient obligatoire pour ceux-là même qui l'observent qu'après qu'il y a eu contradiction.

Huitièmement, continue Jean André, *la coutume vaut-elle dans le cas suivant : le juge s'est prononcé tantôt pour la coutume et tantôt contre : la coutume est-elle introduite par les sentences prononcées conformément à son existence?* Au surplus, dans le cas envisagé, nous supposons que le juge s'est prononcé autant de fois pour que contre la coutume.

Guillaume de Gannat pense que, s'il y a eu autant de jugements rendus en faveur de la coutume que contre elle, ou même que s'il y a eu simplement plusieurs jugements rendus en opposition avec la coutume, celle-ci ne peut être considérée comme introduite : car la coutume ne peut être valablement introduite que par des sentences rendues d'une manière continue, tout comme la prescription dont la continuité est une des conditions essentielles (l. 3, usucapio, *Dig.*, de usurpationibus et usucapionibus, XLI, 3; l. 2, longi, *Cod.*, de præscriptione longi temporis decem vel viginti annorum, VII, 43). Et Accurse serait de cet avis, au

dire de Jean (1) (l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat, l. 3; Nov., LXXXIX, quibus modis naturales efficiantur sui, c. 2, si quis igitur; Nov., XVIII, de triente et semisse, c. 5, consideremus). — Mais, à mon avis, déclare Jean André, s'il y a eu un plus grand nombre de jugements rendus conformément à la coutume, et que cela s'est produit durant le laps de temps requis pour la prescription, je dis qu'il faut s'en tenir à la coutume qui est valable du moment qu'elle est légitimement prescrite : dans ce cas, en effet, la prescription fait obstacle à l'effet que produirait une interruption si la prescription n'était pas déjà acquise (l. 5, naturaliter, *Dig.*, de usurpationibus et usucapionibus, XLI, 3; l. 12, arboribus, *Dig.*, de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur, VII, 1). — Guillaume de Gannat n'est pas, il est vrai, de cet avis et il propose une nouvelle distinction : si le peuple, dit-il, n'a pas élevé de contradiction quand la sentence portée contre la coutume a été prononcée, la coutume cesse d'être prescrite et de valoir, même s'il n'y a eu qu'une seule sentence rendue en opposition avec la coutume (l. 19, quod major, *Dig.*, ad municipalem et de incolis, L, 1; l. 160, aliud, *Dig.*, de diversis regulis juris antiqui, L, 17; l. 13, nemo iudicium, *Cod.*, de operibus publicis, VIII, 11). Mais si, à l'opposé, le peuple a protesté quand la sentence contraire à la coutume a été rendue, en déclarant que c'était d'une façon inique qu'une telle sentence avait été portée, alors la coutume continue à avoir force de loi; car, en contredisant, le peuple a manifesté sa volonté tacite de conserver à la coutume sa force juridique. C'est en effet du consentement tacite du peuple que procède la coutume; dès lors il est manifeste que, en élevant la voix pour protester, le peuple persévère dans sa première manière de voir...

Donc, dans le cas où il y a eu nombre égal de jugements rendus pour et contre la coutume, la coutume ne vaut pas, parce qu'il faut une série d'actes continus pour introduire valablement une coutume. Mais, si le nombre de sentences prononcées en faveur de la coutume est supérieur à celui des sentences prononcées contre elle, il faut s'en tenir à la coutume, du moment qu'elle est légitimement prescrite; elle a en effet force juridique. Cependant Guillaume de Gannat prétend qu'un seul jugement rendu contrairement à la coutume la met en échec, à moins que le peuple ne proteste contre cette sentence.

Neuvièmement, poursuit Jean André, *je demande si la coutume peut être introduite en s'appuyant sur des sentences rendues par des arbitres?*

Il semblerait d'abord que oui, puisque de telles sentences ressemblent à de vrais jugements..., mais certains textes s'opposent à cette opinion,

(1) Très probablement Jean de Dieu qui, né en Portugal, était à Bologne en 1247 et 1253. Il a écrit de nombreux traités sur le Décret et sur les Décrétales (*Flos Decretorum*), ainsi qu'un *Libellus iudicium* mentionné aussi par G. Durand (Tardif, *Droit canonique*, p. 186, 305 et 322).

et disent, par exemple, qu'on ne doit pas s'en tenir à un arbitrage rendu par crainte (l. 56, si dictum, § 1, si compromisero, *Dig.*, de evictionibus et duplæ stipulatione, XXI, 2). Guillaume de Gannat déclare que la coutume n'est pas introduite, si la sentence rendue est telle qu'elle ne soit pas susceptible d'être rendue exécutoire, et édicte simplement une peine ou une amende. Dans ce cas, en effet, la sentence ne lie pas les parties en présence, à fortiori ne lie-t-elle pas, même tacitement, les autres (l. 3, item sic, *Dig.*, de servitutibus prædiorum rusticorum, VIII, 3). Mais, si la sentence est telle qu'elle puisse être rendue exécutoire (comme c'est le cas pour la sentence du c. 9, per tuas, **X**, de arbitris, I, 43), alors la coutume pourrait être introduite par des sentences arbitrales. Toutefois Guillaume de Gannat pense que plusieurs sentences arbitrales sont requises, tout comme plusieurs jugements eux-mêmes l'étaient.

Ainsi donc, pour que des sentences rendues par des arbitres puissent introduire une coutume, il faut plusieurs sentences et des sentences qui puissent être rendues exécutoires.

Enfin Jean André pose la dixième et dernière question relative au consentement du peuple, consentement requis pour qu'une coutume obtienne force de loi. Il se demande donc : *la coutume est-elle introduite si les sentences rendues l'ont été entre parties qui ne sont pas les sujets du juge?*

Guillaume de Gannat répond : si les sentences ainsi rendues portent sur l'ordre judiciaire, alors la coutume peut être introduite; car, bien que dans la suite on constate que la sentence concernait des parties qui n'étaient pas les sujets du juge, cependant les sentences rendues valent comme coutume (l. 3, testium, § 6, testes, *Dig.*, de testibus, XXII, 5; l. 2, tabularum, § 1, testamentum, et § 2, ad causam, *Dig.*, testamenta quemadmodum aperiantur, XXIX, 3). — Mais, si la coutume porte sur une question proprement territoriale, de telle sorte que c'est la coutume locale qui détermine la nature du jugement à rendre, alors la sentence rendue entre parties qui ne sont pas les sujets du juge ne pourrait pas introduire une coutume, puisque le jugement doit reposer sur la coutume des parties, et non sur la coutume du lieu même où le jugement est prononcé (l. 6, si fundus, *Dig.*, de evictionibus et duplæ stipulatione, XXI, 2). — Toutefois, si le juge rend sa sentence sur des matières pour lesquelles il doit nécessairement tenir compte du domicile des parties en cause, les parties deviennent alors les sujets du juge en raison du contrat ou pour une autre raison, et, en conséquence, la coutume peut être valablement introduite par de telles sentences : le juge, en effet, porte dès lors sa sentence sans avoir à s'inquiéter si les personnes présentes devant lui sont ou ne sont pas ses sujets.

Ainsi donc, la coutume ne peut être introduite par des sentences ren-

dues par un juge qui ne serait pas le juge propre des parties, sauf si ces sentences concernent l'ordre judiciaire, ou si le juge doit nécessairement tenir compte du domicile des parties.

En vérité, que de distinctions et de sous-distinctions subtiles pour déterminer quand le consentement du peuple, ou de la majeure partie du peuple, doit être considéré comme réellement donné! — Dix questions ont été successivement envisagées : *a)* Comment recueillir le consentement tacite du peuple, ou celui de la majeure partie du peuple, dans les cas de succession, tant chez les séculiers que chez les religieux? Le silence est-il un signe de consentement? *b)* Que penser du consentement donné par erreur? *c)* Que penser du consentement obtenu par contrainte? *d)* Le non-usage peut-il introduire une coutume? *e)* Un acte judiciaire est-il requis pour introduire une coutume? *f)* Une coutume peut-elle avoir pour cause d'introduction une série de jugements rendus contrairement à la loi? *g)* Une coutume non contredite est-elle cependant valable? *h)* Dans le cas où il y a eu sentences rendues conformément à la coutume et sentences rendues contrairement à la coutume, les sentences portées en faveur de la coutume introduisent-elles une coutume? *i)* Les sentences rendues par des arbitres peuvent-elles introduire une coutume? *j)* Si la sentence est rendue par un juge qui n'est pas celui des parties, la sentence vaut-elle néanmoins pour l'introduction d'une coutume? — De tant de questions si judicieusement posées et de tant de textes si consciencieusement étudiés, il est regrettable que la pensée propre de Jean André ne ressorte pas toujours avec netteté.

3^o En ce qui concerne la troisième condition exigée pour qu'une coutume soit valablement introduite, à savoir *une certaine durée* (exigence légitimée par plusieurs textes : l. 1, *præses provinciæ*, et l. 3, *leges quoque*, *Cod.*, *quæ sit longa consuetudo*, VIII, 52; l. 32, *de quibus*, § 1, *inveterata*, et l. 33, *diuturna*, *Dig.*, *de legibus senat.*, I, 3), quatre questions se posent :

a) *D'abord, et en premier lieu, pourquoi un certain laps de temps est-il requis pour la validité d'une coutume, alors qu'il ne l'est pas pour la loi?*

Voici la réponse : quand il s'agit de la loi, le consentement exprès, soit du souverain, soit du peuple, apparaît immédiatement et ne donne pas lieu à conjectures, du moins dans les choses certaines (l. 137, *continuus*, *Dig.*, *de verborum obligationibus*, XLV, 1); mais, quand il s'agit de droits introduits par des actes, alors, comme le consentement n'est pas formulé en termes exprès, l'intention de ceux qui ont posé les actes n'apparaît pas aussi nettement, et il faut recourir à la présomption pour en juger : or cette présomption c'est la longue durée de la pratique qui l'autorise (c. 8, *ad nostram*, X, *de regularibus et transeuntibus ad religionem*, III, 31). En effet, dès qu'il n'y a pas eu changement dans la pratique pendant un certain laps de temps, il est à présumer que le

consentement, a été donné et persévère : c'est pour cela d'ailleurs que le sénatus-consulte Velléien n'autorise la femme à jurer qu'après un an écoulé (l. 22, si mulier, *Cod.*, ad senatus consultum Velleianum, IV, 28); avant ce laps de temps elle n'est pas présumée avoir voulu s'éloigner de la loi écrite.

Voilà du moins une réponse catégorique : si une certaine durée est requise pour l'introduction d'une coutume, et non pour celle d'une loi, c'est que le consentement du législateur, donné en termes exprès, apparaît immédiatement, tandis que celui du peuple, donné d'une façon tacite, n'apparaît qu'à la longue.

b) *Mais, en second lieu, quel laps de temps convient-il d'exiger?*

Certains auteurs disent qu'il faut un temps immémorial « cujus non extat memoria » (l. 32, de quibus, § 1, inveterata, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; l. 3, hoc jure, § 4, ductus, *Dig.*, de aqua cottidiana et æstiva, XLIII, 20). Azon requiert dix ans entre présents, vingt ans entre absents : une telle durée, dit-il, constitue un temps long. — A coup sûr l'affirmation émise par Azon, qu'un temps long est requis, est une affirmation communément reçue et qui repose sur la loi (l. 32, de quibus, § 1, inveterata, *Dig.*, de legibus senat., I, 3); mais on n'admet pas, d'une façon aussi commune, qu'un temps long soit nécessairement dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Cette distinction, en effet, a sa raison d'être pour la prescription, mais non pas pour la coutume. Pour cette dernière, le laps de temps doit être uniforme, et c'est dix ans (selon la l. 7, super vacuum, *Cod.*, de temporibus in integrum restitutionis, II, 32...). La raison de cette différence, c'est que la prescription court contre les négligents, et que celui qui, étant présent, n'agit pas, est plus négligent que celui qui est absent. Mais la durée exigée pour l'introduction des coutumes n'a pas pour motif de manifester la négligence plus ou moins grande de qui que ce soit : elle a pour motif de faire connaître l'intention de ceux qui font usage de la coutume. Or dix ans suffisent pour que cette intention soit manifeste. — Et, à l'objection qu'on propose, en s'appuyant sur la loi 33, diuturna, et sur la loi 32, de quibus, § 1, inveterata, du *Digeste*, de legibus senat., I, 3, et, en déclarant que ces textes semblent exiger une durée de plus de dix ans, on répond que, si un temps long suffit pour l'introduction d'une coutume, comme il semble résulter de la loi 35, sed et ea, *Dig.*, de legibus senat., I, 3, à fortiori, en raisonnant du moins au plus, une pratique invétérée est-elle suffisante. Quant aux canonistes, ils admettent qu'une durée de dix ans suffit pour une coutume en dehors de la loi, *præter legem*, par ailleurs raisonnable; mais, pour la coutume contraire à la loi, *contra legem*, ils exigent la prescription de quarante ans (voir Hostiensis dans sa *Summa* sur le titre *de la coutume*, et Guillaume Durand dans le *Speculum*, de præscriptione, titre *de consuetudine*).

Ainsi, après avoir rappelé successivement l'opinion de ceux qui exigent, pour qu'une pratique acquiert force juridique, qu'elle ait une durée immémoriale, puis l'opinion d'Azon qui requiert dix ans entre présents, vingt ans entre absents, Jean André critique cette dernière opinion et il semble se rallier à la règle fixée par les canonistes : il faut une durée de dix ans pour la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, une durée de quarante ans pour la coutume contraire à la loi, *contra legem*. Il est d'ailleurs à remarquer que c'est la *première fois que, dans cet essai historique, se trouve clairement affirmée l'existence d'une coutume en dehors de la loi. præter legem, s'établissant par une pratique continue de dix ans.*

c) *En troisième lieu, continue Jean André, à quel moment commence donc à courir les dix ou vingt années requises?*

Selon certains juristes, ce laps de temps commencerait à courir dès le premier acte posé. Et il en serait pour la coutume comme pour la prescription; la prescription court dès l'instant où a été posé le premier acte (c. 3, *quum ecclesia Sutrina*, **X**, de *causa possessionis et proprietatis*, II, 12; c. 50, *Cumana*, **X**, de *electione*, I, 6; c. 20, *olim*, **X**, de *censibus*, III, 39). Mais, selon d'autres juristes, les dix ou vingt ans ne commenceraient à courir qu'une fois que tous les actes introductifs de la coutume auraient été posés (l. 5, *ita autem*, *Dig.*, de *administratione et periculo tutorum*, XXVI, 7). En effet, il est dit que la coutume est *corroborée* par le laps de temps (l. 35, *sed et ea*, et l. 40, *ergo*, *Dig.*, de *legibus senat.*, I, 3). Une telle expression suppose que tous les actes introductifs de la coutume ont été posés. — De même, on exige le consentement du peuple, et un consentement qui soit une approbation durable de la pratique : c'est ainsi qu'il est écrit (§ 9, *ex non scripto*, *Instit.*, de *jure naturali*, I, 2) que les manières de faire qui ont une longue durée, *diuturni mores*, imitent la loi, à condition d'être recouvertes du consentement de ceux qui se servent de l'usage. Or, ce n'est pas dès le premier acte que le peuple peut paraître manifester son consentement; dès lors, le laps de temps requis ne commencera à courir que quand un certain nombre d'actes semblables, deux ou plusieurs, auront été posés et auront manifesté le consentement tacite du peuple. C'est d'ailleurs avec intention que nous ne disons pas, que le laps de temps commencera à courir, quand un certain nombre d'actes *auront introduit la coutume*; car cette manière de nous exprimer serait contraire à l'opinion qui soutient, que la coutume n'est pas encore introduite après deux actes, et que les dix ans requis ne commencent pas encore à courir après le troisième acte.

L'opinion, qui veut que les dix ou vingt ans ne commencent à courir qu'une fois tous les actes introductifs de la coutume tout à fait achevés, semble être celle de Pierre de Belleperche pour qui la coutume n'a pas

à être prescrite; car l'œuvre à prescrire suppose un *jus dispositum* et non un *jus disponens*. Ainsi, par exemple, si pendant un temps notable je passais sur une voie publique : dans une telle circonstance il ne pourrait y avoir droit acquis, *jus dispositum*, même en raison d'un usage très long; il ne pourrait y avoir que simple permission de passer, *jus disponens*, et je ne pourrais prescrire ce droit de passage. Aussi, bien que Pierre de Belleperche avoue que, pour l'introduction de la coutume, il faille un certain laps de temps, cependant, il nie qu'il y ait prescription requise proprement dite en ce qui concerne la coutume; car il n'y a pas, dans le cas de coutume, un droit proprement déterminé ou acquis, *jus dispositum*, qu'on puisse appeler, ou droit de propriété, ou droit de gage, ou droit semblable à ceux-ci qui, eux, sont bien des droits prescriptibles (l. 8, si quis emptionis, *Cod.*, de præscriptione XXX vel XXXX annorum, VII, 39). Mais, dans les termes employés par Pierre de Belleperche, il nous semble qu'il est question beaucoup plus de la prescription que de la coutume.

Aussi, pour nous, nous disons que le droit dont la pratique fait usage, — comme par exemple le droit, de succession du premier-né, ou encore le droit que possède le plus ancien chanoine pour choisir la première prébende devenue vacante, ou encore tout autre droit semblable, — nous disons que ce droit, exercé pendant le laps de temps requis pour manifester le consentement tacite de ceux qui sont témoins de ces actes, s'appelle coutume, et coutume prescrite, par rapport au droit qui est ainsi établi. C'est pourquoi nous pensons que c'est le premier acte qu'il faut considérer comme point de départ du laps de temps requis : c'est en effet de ce premier acte, posé et renouvelé, que naîtra la coutume au moyen du laps de temps qui en consacrera l'usage.

Ainsi donc, Jean André semble ne pas admettre l'opinion de ceux qui veulent, avec Pierre de Belleperche, que le laps de temps requis, pour que le consentement tacite du peuple apparaisse, ne commence à courir que quand tous les actes nécessaires à la création de la coutume ont été posés et achevés; cela ne pourrait se soutenir que s'il s'agissait de la prescription. C'est du premier acte, qui commence à utiliser le droit qui sera consacré par la coutume, que part le laps de temps requis pour l'introduction valable de la coutume.

d) *Quatrième et dernière question*, poursuit Jean André : *une coutume d'une durée de dix ans peut-elle établir qu'aucune coutume ne pourra désormais être introduite, dans un lieu déterminé, que par une durée de quarante ans?*

Il semblerait que non pour trois raisons : d'abord, une telle coutume paraîtrait s'opposer à elle-même; elle aurait été acquise en dix ans et elle exigerait quarante ans pour que les autres soient valables (c. 54, sollicitudinem, X, de appellationibus, recusationibus et relationibus,

II, 28; l. 1, si pecunia, *Cod.*, de furtis et de servo corrupto, VI, 2; l. 100, Titia, *Dig.*, de conditionibus et demonstrationibus, XXXV, 1). — Puis, ce qu'une coutume veut approuver dans les autres, elle doit le réaliser en elle-même (c. 6, quum omnes, **X**, de constitutionibus, I, 9; *Dig.*, quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur, II, 2, per totum). Or ce n'est pas le cas. — Enfin, on ne doit pas tirer avantage de ce qu'on veut combattre : « ex eo non debet quis fructum consequi quod nisus exstitit impugnare (regula XXXVIII, de regulis juris, in-6°, V, 40) ». Or cette coutume, qui a été introduite par une pratique de dix ans, prétend s'opposer aux lois qui n'exigent qu'une durée de dix ans pour introduire une coutume. Donc elle ne saurait valoir (l. 8, Papinianus, § 14, meminisce, *Dig.*, de inofficioso testamento, V, 2).

Mais une opinion contraire soutient qu'une coutume, qui a été introduite par une pratique d'une durée de dix ans, peut valablement exiger, pour les coutumes qui se formeront à l'avenir, une durée de quarante ans. Les raisons apportées en faveur de la première opinion peuvent en effet être rétorquées. — D'abord, une coutume ne s'oppose pas vraiment à elle-même en constituant une exception en sa faveur par une ordonnance générale; la loi tribunicienne n'a-t-elle pas aboli, elle aussi, toutes les lois antérieures à elle et fait une exception pour elle-même (l. 2 necessarium, § 3, exactis, *Dig.*, de origine juris, I, 2; l. 18, inquisitio, *Cod.*, de solutionibus et liberationibus, VIII, 42; c. 8, petitio, **X**, de procurationibus, I, 38)? — En second lieu, ce que cette coutume combat dans les autres, à savoir qu'elles puissent s'établir par une durée de dix ans, obtient force juridique, non pas en raison de la coutume qui s'est établie en dix années, mais en raison du consentement que donne le peuple à cette nouvelle législation. Or cette exigence vaut pour empêcher les coutumes futures de s'introduire, et non pour les coutumes passées et déjà établies. — En troisième lieu, la coutume ne peut faire échec à une loi que quand elle a réalisé toutes les conditions voulues pour cela; mais, ces conditions une fois réalisées, elle peut triompher de toutes les lois existantes, sans s'occuper de savoir si elle tire ou ne tire pas avantage de ce qu'elle combat dans les autres dispositions du droit.

Finalement, Jean André semble admettre qu'une coutume, qui n'a que dix ans de date, peut établir que, désormais, aucune coutume ne pourra s'introduire sans justifier d'une durée de quarante ans. Et il conclut l'étude de la troisième de ses divisions principales par cette remarque générale :

C'est aux choses à venir, non à celles qui sont passées, que la coutume donne forme, tout comme la loi. De même, en effet, que la loi écrite, ainsi la loi non écrite ne peut lier les choses passées (c. 13, quoniam constitutio, **X**, de constitutionibus, I, 2; l. 3, leges, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). Or il en est ainsi en ce qui concerne la coutume qui

impose quarante ans de durée aux coutumes nouvelles... Elle ne peut supprimer les coutumes qui, d'abord commencées, ont été ensuite perfectionnées dans leur être juridique par un temps long de dix années; elle ne peut concerner que les coutumes futures.

D. — Jean André passe maintenant à l'étude de la quatrième de ses grandes divisions générales (1) :

* [Comment, et par combien de modes, une coutume qui a été introduite valablement peut-elle être proposée dans un jugement?]

La coutume qui a été introduite valablement peut être proposée dans un jugement, soit sous forme d'action personnelle et réelle, soit par l'office du juge, soit sous forme d'exception.

Voici un exemple de coutume proposée sous forme d'action personnelle. De par le droit écrit, personne n'est tenu à vendre son terrain. Or une coutume locale veut que le propriétaire d'un terrain soit forcé de vendre son fond à celui qui l'entoure de trois côtés; ou bien encore, la coutume locale contraint celui qui a des carrières de vingt mille ares à vendre des pierres, ce à quoi la loi ne l'oblige pas. Si donc quelqu'un qui a un terrain entouré de trois côtés par un même voisin dans le premier cas, ou quelqu'un qui a des carrières de vingt mille ares dans le second cas, se refuse à vendre, celui-là son terrain, celui-ci des pierres, on agira contre lui par la *condictio* ou l'action personnelle *ex consuetudine*, puisque c'est en raison de la coutume qu'est introduite l'action (*lex una, si obligatio, Dig., de condictione ex lege, XIII, 2*). Cette

* [*Consuetudo inducta qualiter in iudicio proponatur et quot modis?*]

Circa quantum scilicet qualiter consuetudo in iudicio proponatur, dicas quod proponi posset in modum actionis personalis, et realis, vel per iudicis officium, vel in modum exceptionis.

Exemplum de primo in personali. De jure nullus cogitur rem suam vendere; habet loci consuetudo quod habenti a tribus lateribus fundum dominus intermedii cogitur vendere, vel habet consuetudo quod habens lapidicinas XX miliarie cogatur lapides vendere. Si ergo habens fundum intermedium primo casu, vel tales lapidicinas in secundo, vendere nolit, agitur contra eum condictione ex consuetudine quia cum ex consuetudine competat actio nec sit cautum,

(1) En raison de l'importance des textes relatifs à la manière dont une coutume peut être proposée dans un jugement, ces textes sont reproduits en latin et traduits aussi littéralement que possible. Les astérisques placées au commencement des alinéas renvoient au texte latin.

action est dite personnelle, parce que la coutume décrète que vous êtes *forcé* de vendre.

Un exemple maintenant de coutume proposée dans un jugement par voie d'action réelle :

* La coutume veut que ce soit le premier-né qui recueille tout l'héritage; pour obtenir l'application de la coutume par voie de jugement, on introduira l'action dite : *petitio hereditatis*. Or cette action est une action réelle (l. 25, *sed et si lege*, § 18, *petitio hereditatis*, *Dig.*, de *hereditatis petitione*, V, 3). Ici, ce n'est plus l'action personnelle ou la *condictio ex consuetudine* qui est introduite, mais c'est l'action réelle, celle qui appartient au propriétaire (l. 23, *in rem actio*, *Dig.*, de *rei vindicatione*, VI, 1). Car, en vertu de la coutume, je suis propriétaire. Dès lors, en raison de mon droit de propriété qui me confère une action réelle, j'intenterai, soit l'action en pétition d'hérédité, car je suis, en vertu de la coutume, héritier *in solidum*, héridier pour la totalité, soit l'action réelle, *actio in rem propter dominium*, car je suis propriétaire : et, que j'intente, soit l'une, soit l'autre action, cela revient au même : car, si la loi Cornelia produit son effet, c'est en raison de la loi des XII tables qu'est cependant introduite l'action (voir tit. de *lege Cornelia*, *Dig.*, XLVIII, 10).

En réalité, Jean André ne fait que reproduire les formules de la procédure du droit romain.

** Mais la coutume peut aussi être proposée par le juge lui-même agissant *ex officio*. Par exemple, si, en raison de la coutume, la *restitutio in integrum* est accordée à celui qui est dans sa trentième année, quiconque, ayant plus de vingt-cinq ans et moins de trente ans, a été lésé, peut demander la *restitutio in integrum*; et, dans ce cas, la coutume pour-

quo genere etc. ar. ff. de condict. ex lege l. una. Personalis ergo est actio, qua dicit. consuetudo dictat, quod vendere compellaris.

* *De reali exemplum. De primogenito, cui per consuetudinem debetur tota hereditas, quando agit petitione hereditatis quæ est realis. ff. de here. petit. Sed si lege § pe. alias antepenul... Nec datur huic condictio ex consuetudine quia cum realis competat domino, ff. de rei vind. in rem actio, et mediante consuetudine, dominium habeam, et sic propter dominium actionem in rem aut intentabo peti. here. qua mediante consuetudine sum heres in solidum, vel actionem in rem, quia sum dominus et est simile quia licet lex Cor. effectum præbeat tamen agitur jure l. XII tab. ff. de testa. lege. Cornel.*

** *Per iudicis officium proponeretur ubi consuetudo illud induceret ut si de consuetudine læso in XXX ætatis annum datur restitutio, major XXV et*

rait être proposée par le juge lui-même agissant en raison de sa fonction, *ex officio* (l. 24, quod si minor, § 5, ex hoc edicto, *Dig.*, de minoribus viginti quinque annis, IV, 4).

Voici maintenant une coutume proposée par voie d'exception :

* La coutume veut que le vendeur ne soit pas responsable des défauts et des vices de l'objet vendu. Si donc l'acheteur agit contre le vendeur par l'action *ex vitiis*, le vendeur proposera contre lui la coutume par voie d'exception (l. 1, pacisci, *Dig.*, de pactis dotalibus, XXIII, 4; c. 7, Joannes, **X**, de clericis conjugatis, III, 3).

** Ces diverses manières de présenter la coutume au cours d'un jugement me paraissent dignes d'approbation, ajoute Jean André. Certains juristes cependant disent plus simplement que mieux vaut, quand on invoque la coutume ou le pacte, agir par l'action personnelle ou la *condictio ex lege* (lex una : si obligatio, *Dig.*, de condictione ex lege, XIII, 2 : si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.) Mais cela ne doit pas s'appliquer dans le cas où les droits au nom desquels on agit sont spécifiés; car, alors, on aurait tort de nommer une chose pour une autre. Or la coutume et la loi sont des droits bien distincts : si la coutume est dite semblable à la loi (l. 35, diuturna, *Dig.*, de legibus senat. I, 3), c'est précisément parce qu'elle n'est pas la loi elle-même; car personne n'est semblable à soi... De même, il serait contraire à la raison qu'une action, introduite par le droit écrit pour certains cas déterminés, vaille là où le droit n'est pas écrit (l. 3, a nullo, *Cod.*, de feriis, III, 12). Les noms doivent être donnés en raison des choses (c. 16, quum secundum, **X**,

minor XXX annis læsus petet in integrum restitui et sic per officium iudicis proponeretur consuetudo, ad hoc ff. de mino. qd si minor § fi.

* *Per exceptionem proponitur, pone habet consuetudo quod venditor non tenetur de morbis et vitiis : si emptor agit de vitiis proponitur contra ipsum consuetudo per modum exceptionis. ad hoc ff. de pactis, pacisci facit. T. de cleri, conj. Joannes.*

** *Et hæc placent licet quidam simpliciter dixerint, cum ex consuetudine vel statuto agitur, agi debere condictione ex lege, per præallega. l. unam, ff. de condi. ex lege; nam hoc sic reprobatur. Ubi aliqua jura sunt distincta, non debet unum ab alio nominari. Sed ita est quando consuetudo et lex sunt distinctæ, nam consuetudo est similis legi ff. e. l. diuturna. Ergo non est lex quia nihil est ipsum cui est simile ut notatur s. ti. 1. capitulum in 1 gl. Item esset contra rationem actus per jus scriptum inductam in certis juris casibus dari ubi non est jus scriptum. ar. C. de feriis l. a nullo. Debent enim esse nomina consequentia rerum. T. de præbendis, cum secundum; Insti., de dona*

de præbendis et dignitatibus, III, 5; § 3, est et aliud, *Instil.*, de donationibus, II, 7). De plus, il ne paraît pas vrai de dire avec certains juristes que, dans les cas où on invoque la coutume, il convient d'agir par l'action *in factum*, pour cette raison que les édits des préteurs qui donnent ces actions confèrent de véritables droits (Gratianus, constat autem, dist. II, ante c. I; l. 7, jus autem, et l. 8, nam et ipsum, *Dig.*, de justitia et jure, I, 1). A ceux qui émettent cette opinion, il faut répondre d'abord, que, quand on invoque l'édit du préteur, c'est une action *in factum* qui est donnée, et non pas une action personnelle ou *condictio ex lege* (l. 4, sed et ipsi, *Dig.*, nautæ caupones stabularii ut recepta restituant, IV, 9). Puis, si on insiste en disant que la coutume et le statut peuvent être comparés à l'édit et que, dès lors, c'est bien une action *in factum* qu'il convient d'introduire, devant cette nouvelle prétention, on répondra que les droits qui émanent de l'édit du préteur d'une part, et les coutumes d'autre part, constituent des droits divers et que, dès lors, il ne convient pas que l'action qui s'appuie sur la coutume reçoive son nom d'un édit du préteur. Le droit non écrit qu'est la coutume est en effet reconnu par le droit, tout comme les statuts...; dès lors, c'est par le droit qui a donné force juridique à la coutume que l'on doit agir en justice, par exemple, par le contrat de vente ou par les autres contrats approuvés par le droit.

* Enfin certains juristes introduisent une distinction : si, disent-ils, la coutume porte sur le nom, l'espèce ou la forme d'un contrat, on peut agir en introduisant l'action tirée de ce contrat, lequel reçoit sa forme de la coutume : par exemple, j'ai le droit, en vertu de la coutume, de tirer des pierres de votre carrière ou des morceaux de bois de vos propriétés, à condition de payer le prix voulu : vous m'empêchez d'exercer

§ est et aliud. Item nec valet quando dicunt alii his casibus agi actione in factum, nam edicta prætorum sunt jura, ii di. in prin. ff. de justitia et jure, l. jus autem, in fi. et l. nam et ipsum. Sed ubi ex edicto prætoris agitur, datur actio in factum, non condictio ex. l. insti. de interdictis § fi ff. nau. ca. sta. l. 4, alle. l. V § 1. Ergo cum consuetudo et statutum dici possint edictum, dicunt dari actionem in factum. respondetur ut supra quod jura prætorica et consuetudines sunt diversæ. Unde conveniens non esset quod actio derivata a consuetudine nominaretur ab edicto prætoris. Cum ergo jus non scriptum consuetudinis sit approbatum a jure item statuta, ut dixi sub I membro, ver. de tertio. ergo, ex quo a jure sunt approbata, ex illis agatur, sicut ex contractu venditionis. et aliis approbatis a jure agi potest.

* Quare dicunt aliqui quod, si consuetudo cadit in nomen, speciem, vel formam alicujus contractus, tunc agatur actione ex illo contractu recipiente formam ex consuetudine, ut si de lapidicina lapides, vel de nemore ligna incidere possim, certo dato pretio et tu me prohibeas dicam factum quo in

mon droit; j'introduirai une action en disant que, d'une part, vous avez en ce lieu une carrière ou un bois, et que, d'autre part, la coutume est que je puisse en tirer des matériaux. Si, au contraire, la coutume ne porte pas sur le nom, l'espèce ou la forme d'un contrat, alors il convient d'agir simplement en recourant à l'action personnelle ou à la *condictio ex consuetudine*. De même en est-il pour le statut. Et, pour appuyer leur opinion, les juristes rappellent ce qui se passe pour le serment : si le serment tombe sur la forme du contrat, on agit au nom du contrat; s'il ne tombe pas sur la forme du contrat, on agit par une action *in factum* qui est donnée en raison du serment fait (l. 13, si duo patroni, § 3, si quis juraverit, § 4. Idem dicemus, § 5, Marcellus, *Dig.*, de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali, XII, 2).

Tels sont donc les quatre modes classiques de présenter la coutume dans un jugement. Après avoir exposé ces quatre modes classiques, Jean André, sous forme de conclusion, fait l'application au droit canonique des règles de procédure qu'il vient d'extraire du droit romain.

* [Il suffit d'ailleurs, déclare-t-il, que le libelle des canonistes contienne la narration du fait et la conclusion qui se dégage de cette narration, sans que le nom de l'action elle-même soit exprimé.]

Nous, canonistes, nous ne considérons en effet que la seule narration du fait et la conclusion qui s'en dégage (c. 6, dilecti, X, de judiciis, II, 1); aussi nous contentons-nous de présenter ainsi les choses : je dirai, après avoir narré le fait et en avoir dégagé la conclusion, qu'il m'est permis de faire telle chose conformément à la coutume; ou bien, inversement, je dirai qu'il ne vous est pas permis de faire telle chose contrairement à la coutume (voir ce que dit à ce propos Guillaume Durand dans son

loco lapidicinam habes vel nemo quo talis consuetudo in loco etc. Si vero non cadat in tale nomen, formam vel speciem, tunc simpliciter agatur condictio ex consuetudine et idem in statuto. Inducunt quod de juramento dicitur quod si cadit in formam contractus, ex illo agitur, alias agitur actione in factum quæ datur ex juramento. C., de jurejurando l. actori ff. e. si duo patroni § si quis juraverit et § idem dicamus et § Marcellus.

* [Libellus canonistarum narrationem facti, debitamque ex narrationis conclusionem sine expressione actionis continere sufficit.]

Nos canonistæ qui solam narrationem facti et debitam conclusionem inspicimus, T. de judiciis dilecti, hanc materiam facilius transimus narrando scilicet et concludendo ex narratis secundum consuetudinem mihi fieri licere, vel contra consuetudinem tibi fieri non licere et vide qd. no. Guil. in spe. e.

Speculum, tit. de consuetudine). Mais, en introduisant l'action, le demandeur doit-il nécessairement alléguer dans le libelle la coutume et ajouter : je dis cela en raison de la coutume qui veut que...? A première vue, il semblerait que non : car il n'est pas obligatoire de déclarer au nom de quelle loi ou de quel droit écrit on agit (l. 3; edita, *Cod.*, de edendo, II, 1); dès lors, il devrait en être de même en ce qui concerne la coutume. — Et cependant, les docteurs affirment le contraire, tout en reconnaissant que, quand on introduit une action en justice au nom du droit écrit, il est inutile d'alléguer ou d'énoncer la loi dont on demande l'application : dans ce cas, en effet, le droit est déclaré par le fondement rationnel de la loi, et cela, parce que les lois constituent des droits proprement dits et sont choses certaines; mais les coutumes, elles, sont des faits et, conséquemment, sont choses incertaines en quelque façon (c. 1, licet Romanus, in-6°, de constitutionibus, I, 2); aussi convient-il de les énoncer et de les proposer (l. 2, in omni parte, *Dig.*, de juris et facti ignorantia, XXII, 6; l. 1; præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit consuetudo, VIII, 52, lois dans lesquelles il est dit que la preuve doit être fournie; c'est donc que la preuve doit être mentionnée dans la demande).

* Cependant Jacques de Révigny remarquait que, quand la coutume est notoire, comme l'est, par exemple, en Angleterre, la coutume qui attribue l'héritage au premier-né, il est inutile de proposer la coutume (l. 1, si res vendita, et l. 11, ex empto in princ., *Dig.*, de actionibus empti venditi, XIX, 1). — Quant à Pierre de Belleperche, il déclare qu'aucune raison ne force à alléguer la coutume dans la demande et il prouve ainsi son opinion : la coutume n'est pas, dit-il, le moyen qui conduit immédiatement à la conclusion. Or cela seul, qui est essentiel et nécessaire d'une façon immédiate, est obligatoirement à mentionner, mais non ce qui n'est utile que d'une manière éloignée et médiate. Par

tit. in princ. Sed quæro an agens in libello necesse habeat allegare consuetudinem dicendo, et hoc dico propter consuetudinem etc. Videtur quod non : quia qua lege vel quo jure scripto agatur dicere non oportet. C., de edendo, edita ubi de hoc. ergo nec de consuetudine. Doctores tenent contrarium licet concedant quod legem scriptam allegare vel proponere non oportet, sed ratione jus declarare, et hoc quia leges sunt juris et certæ, sed consuetudines sunt facti et incertæ. de constitutio, c. 1 lib. 6 et ideo illas proponi et declarari oportet ut ff. de juri. et facti. ignor. l. 2. ad hoc C. q. s. l. c. l. 1. ubi dicitur quod probatur, ergo in libello proponitur.

* *Sed Jaco. de Ra. dicebat quod cum consuetudo est notoria, ut in Anglia : quod succedat major natu, non oportet illam allegari, ar. ff. de actioni. empti l. 1 in fi. et l. emptorem in prin. Sed Pe. dicit nulla ratione quem cogi in libello consuetudinem allegare; quod sic probatur : Consuetudo non est medium immediatum ad conclusionem, sed ex quo proponitur sufficiens imme-*

exemple, si je réclame une chose par une *rei vindicatio*, il suffit que je dise ce qui importe d'une façon immédiate, à savoir que cela m'appartient, sans ajouter si c'est, par achat ou par don, que j'ai acquis cette propriété; car cette dernière indication n'offre qu'un intérêt médiat. Ainsi en est-il de la coutume qui n'est qu'un moyen médiat pour conduire à la conclusion. Toutefois, si ce qui a été indiqué en premier lieu, comme moyen immédiat, devenait douteux par suite de la négation du défendeur, il faudrait établir la preuve de cet immédiat mis en doute par le médiat plus éloigné.

Finalement Jean André semble soutenir que, dans la demande, il n'est pas nécessaire de faire mention de la coutume sur laquelle on s'appuie; il contredit ainsi les docteurs qui raisonnent de façon différente, selon qu'il s'agit de la loi, qui constitue un droit certain, et selon qu'il s'agit de la coutume, qui est un fait, ou plutôt une série de faits difficilement vérifiables, et, par conséquent, quelque chose d'incertain. Jean André se montre même plus large que Jacques de Révigny qui ne dispense de mentionner la coutume que si elle est notoire, et il semble se ranger à l'avis de Pierre de Belleperche qui n'exige pas normalement la mention de la coutume dans le libelle de la demande : le demandeur n'a pas à fournir au juge le moyen indirect de parvenir à la conclusion.

E. — Jean André arrive maintenant à la cinquième de ses grandes divisions : **Comment la coutume se prouve-t-elle ?**

Constatons d'abord, dit-il, que la coutume doit être prouvée (c. 8, quum dilectus, **X**, de consuetudine, I, 4; c. 10, dilecto filio, **X**, de officio archidiaconi, I, 23; l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; Novelle CX, de usuris nauticis per totum; l. 1, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). Qu'on n'objecte pas d'ailleurs la loi 5, ab ea parte, du *Digeste*, de probationibus et præsumptionibus, XXII, 3, texte dans lequel il est dit que le droit ne se prouve pas et qu'il est superflu de proposer les règles du droit ou de répondre à leur sujet, ni la glose du chapitre 2, ut animarum, in-6°, de constitutionibus, I, 2; car, tout ce que renferment ces textes, se rapporte au droit écrit. Or, ici, il est question du droit non écrit qui, lui, consiste dans un fait (c. 1, licet Romanus, in-6°, de constitutionibus, I, 2). — Bien plus, si on considère de près la lettre de la loi, on peut aussi bien soutenir qu'on doit alléguer le droit, dont on demande l'application, que ne pas l'alléguer (l. 1, præses provinciæ, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52).

diatum; non est necesse proponi mediatum, ut in rei vindicatione sufficit immediatum, quod est dominium, nec requiritur mediatum, puta titulus emptionis, donationis, vel his simili. Tamen si immediatum per negationem fiat dubium, oportebit illud probare per illud remotius mediatum.

— *Il faut donc prouver la coutume par témoins et deux témoins suffisent* (c. 33, tam litteris, **X**, de testibus et attestationibus, XI, 20; l. 12, ubi, *Dig.*, de testibus, XXII, 5). — Cette opinion est celle de Hostiensis dans sa Summa.

En réalité, Jean André ne veut pas reconnaître que la coutume est un droit, au même titre que la loi écrite, puisqu'il exige que la coutume soit prouvée : la constatation est à retenir.

Examinons la question de plus près, continue-t-il de dire. Deux questions se posent : *comment les témoins appelés à prouver la coutume doivent-ils être produits et que doivent-ils déclarer? De plus, si, parmi les dépositions, il s'en trouve qui manifestent qu'on a agi parfois contre la coutume, que convient-il de faire* (c. 4, quum tua in ecclesia, in-6°, de consuetudine, I, 4)?

Mais, avant de résoudre ces deux questions, il convient de répondre à cette autre : *s'il y a diversité dans les affirmations, par qui les témoins doivent-ils être produits et que doivent-ils déposer?*

Certains juristes disent que les témoins sont produits en présence de la partie qui a été citée, puis, qu'ils prêtent serment et déposent un par un. D'autres veulent que, dans ce cas, les témoignages soient recueillis par le juge par voie d'information et en dehors de la présence des parties; car, disent-ils, pour le droit écrit, le juge s'en informe en l'absence des parties; ainsi doit-il en être pour le droit non écrit. — Pierre de Belleperche favorisait cette dernière opinion; mais il voulait que les témoignages fussent recueillis en présence des parties : de même que c'est en compulsant les livres que le juge s'instruit de la loi par voie d'information, de même il s'instruit du droit non écrit en interrogeant par voie d'information, les témoins de l'une et l'autre partie, et il prononcera son jugement selon ce qu'il aura ainsi pu apprendre (l. 10, si a iudice, in-6°, de appellationibus, II, 15).

Mais, sur quoi doivent déposer les témoins, toujours dans l'hypothèse où il y a diversité dans les affirmations? — La loi dit que, dans les demandes en justice, la pleine preuve des affirmations, qui touchent d'une façon principale à la conclusion, doit être faite, mais que la demi-preuve des autres affirmations suffit. Prenons un exemple : ta maison doit à la mienne, à titre de servitude, de lui fournir du bois; comme, dans la demande en justice que je formule contre toi, je ne parle de la maison qui est mienne que d'une façon moins principale, il suffira que je fournisse la demi-preuve de mon droit de propriété, si bien que, du moment où j'ai la possession de la maison, on se prononcera sur l'existence de la servitude, mais non sur mon droit de propriété (l. 17, sed si ante, *Dig.*, de exceptionibus, præscriptionibus et præiudiciis, XLIV, 1). — Autre exemple : quelqu'un demande que l'héritage soit divisé; par voie de conséquence, il déclare qu'il a droit de propriété sur une partie de

l'héritage; et cependant, il suffit qu'il fournisse la demi-preuve qu'il a ce droit de propriété sur une partie de l'héritage (l. 1, hæc actio, *Dig.*, familiæ erciscundæ, X, 2). — De même, si un premier-né intente une action comme héritier de la totalité de la succession, en supposant que la coutume le veut ainsi, il lui suffit de fournir une demi-preuve de l'existence de cette coutume... Quoi qu'il en soit, conclut Jean André, il faut que la partie offre de prouver ce qu'elle avance et qu'elle apporte les preuves des faits allégués.

Et, cette conclusion bien mise en lumière, sans qu'on puisse cependant dire, avec certitude, si c'est en présence des parties que les témoins doivent être interrogés, ou s'il suffit que le juge recueille par lui-même les témoignages en l'absence des parties, Jean André étudie la première des deux questions posées tout à l'heure : *comment les témoins font-ils la preuve de l'existence de la coutume?*

A cette question il répond, tout d'abord, en rappelant que, dans sa *Summa*, Hostiensis indique quatre modes de preuve de la coutume; puis, il insiste sur les trois modes de preuve proposés par Azon.

Azon, dit-il, propose dans sa *Summa*, d'une façon assez obscure, il est vrai, trois modes de preuve de la coutume : 1^o on affirme par témoins qu'il a toujours été jugé conformément à la coutume en dépit des contradictions élevées; 2^o les dépositions prouvent que les demandes en justice contre l'existence de cette coutume ne sont pas reçues; 3^o on prouve que la coutume a été consacrée par un jugement contradictoire. — En ce qui concerne le second mode de preuve indiqué par Azon, certains juristes, ajoute Jean André, déclarent qu'Azon aurait voulu dire qu'une coutume est prouvée, dès qu'on a établi avec certitude que les demandes contre cette coutume ne sont plus reçues en justice, et ils apportent un exemple : une coutume locale autorise, quiconque a des maisons de l'un et l'autre côté d'un chemin, à construire un pont pour les relier, ce qui n'est pas permis par le droit. Contre le propriétaire, qui a ainsi construit un pont, un voisin juge bon de déposer une demande en justice, mais la demande est rejetée. Par le fait même du refus opposé à la demande, on conclut à l'existence du consentement tacite requis pour que la coutume soit valablement introduite, et, c'est tout comme si un jugement avait été rendu en faveur de la coutume. — De même, poursuit Jean André, en parlant du troisième mode de preuve de la coutume, Azon aurait voulu dire que la coutume avait force juridique dès lors que, malgré les contradictions élevées, on avait jugé, après contradiction et malgré la contradiction, que la coutume existait.

Mais Ja. Bal. (1) n'approuve pas ces divers modes de preuve de la coutume, remarque Jean André : il dit en effet que, d'abord, une sen-

(1) Jacques Baudoin; mais l'édition de Venise, 1581, porte encore Ja. But.

tence rendue entre les parties ne peut pas régulièrement porter préjudice aux tiers et que, de plus, il peut se faire que, dans un tel jugement même rendu deux fois, il n'y ait pas même une dixième partie du peuple pour avoir donné son consentement. Toutefois Marti. de Fa. (1) et Nico. Mata. (2) défendent l'opinion d'Azon : en effet, disent-ils, une fois que la cause a été entendue et que les contradictions élevées ont été rejetées, la coutume est introduite, mais, non pas tant en raison du jugement, qu'en raison de l'existence de fait de la coutume antérieurement au jugement porté; le jugement n'a pas constitué la coutume, il l'a consacrée, tout comme, le cas échéant, il consacre un droit de propriété, mais ne le constitue pas. Et cependant ce jugement est opposable à tous, à moins qu'on ne puisse prouver qu'il y a violation de la loi. De même, dans le cas où il y a refus d'accepter une demande en justice contre l'existence d'une coutume, ce n'est pas le refus qui introduit la coutume; mais le refus prouve que la coutume est si incontestable et si notoire, que son existence ne peut plus être mise en doute devant les tribunaux. C'est ainsi que Marti. de Fa. et Nico. Mata. prennent la défense d'Azon. — Mais il convient de remarquer que, comme dans le cas envisagé la coutume est supposée notoire, la coutume serait prouvée, même si les demandes en justice contre elle n'étaient pas rejetées. Aussi Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche n'approuvent-ils ni Azon ni ses partisans, déclare encore Jean André, et cela, pour la raison déjà donnée, à savoir qu'une affaire tranchée entre deux parties n'est opposable aux tiers que dans des circonstances qui ne sont pas réalisées dans le cas présent. — De là, une autre opinion qui prétend exiger que les témoins fassent avec précision la description de la coutume alléguée. Mais qui ne voit tout de suite qu'une telle description n'est possible que pour des gens très savants, et que quiconque ne le serait pas, aurait bien de la hardiesse d'entreprendre une telle description; car il courrait le risque d'un parjure pernicieux (l. 4, videamus, Dig., de in litem jurando, XII, 3). De plus, le témoin doit déposer sur le fait, et non sur le droit...

Tu diras donc, continue Jean André en donnant son opinion personnelle, que les témoins doivent prouver trois choses qui constituent des faits : à savoir *l'usage fait par le peuple, la fréquence de cet usage, et la longue durée de ce même usage*. En effet et tout d'abord, puisque la

(1) Il s'agit vraisemblablement de Martin de Fano, qui professait le droit, vers 1255, tantôt à Bologne, tantôt à Modène. Il avait composé des *Notabilia super Decreto*, des *Quæstiones* et un traité de *Brachio seu auxilio implorando per judices ecclesiasticos*. Il serait mort après 1272 (Schulte, II, p. 138).

(2) Hurter mentionne un Nicolas de Matafaris, de l'ordre des Frères mineurs, nommé évêque de Cahors, en 1333, par Jean XXII, auteur d'un traité *De ecclesiasticis officiis* et mort en 1366 (Hurter, *Nomenclator literarius*, II, p. 662).

coutume constitue un droit (§ 9, *ex non scripto*, *Instil.*, de jure naturali, 1, 2), il est nécessaire que les éléments de ce droit existent, à savoir l'usage et sa fréquence, sauf le cas où, du seul usage, on pourrait conclure à l'existence du consentement du peuple, ce qui n'arrive pas ordinairement; puis, comme c'est ordinairement par le laps de temps et la longue durée de l'usage que le consentement du peuple apparaît, les témoins devront prouver que l'usage a duré un long temps.

Voici d'ailleurs la façon habituelle dont les légistes procèdent : supposé que, dans une ville, il y ait mille hommes aptes à introduire une coutume : le témoin dépose que, en vertu de la coutume, c'est à l'aîné que revient l'héritage; il ajoute qu'il a été jugé ainsi, une première fois, en sa présence, entre tels et tels, devant cent personnes; puis, une seconde fois, entre tels et tels autres, devant deux cents personnes; enfin, une troisième fois, entre deux autres parties, devant trois cents personnes : au total, six cents personnes ont été présentes aux débats; donc nous possédons le consentement de la majeure partie du peuple, déclarent les légistes : six cents personnes sur mille (je montrerai tout à l'heure que je ne puis admettre un tel raisonnement, observe Jean André). Puis, le juge s'informe pour savoir depuis combien de temps l'usage est ainsi répandu ; on lui dit que c'est depuis dix ans qu'on agit et qu'on juge ainsi. La coutume est donc prouvée, concluent les légistes.

Une autre hypothèse maintenant : les témoins déposent bien qu'il y a plusieurs jugements rendus conformément à la coutume, mais ils ne disent rien sur le nombre des personnes présentes aux débats. C'est donc au juge qu'il appartient de supputer ce nombre : il supposera, par exemple, qu'il a pu y avoir vraisemblablement vingt personnes présentes à chaque jugement; comme il y a eu dix jugements, il conclura que deux cents personnes ont ainsi donné leur assentiment au jugement ou au fait (cela non plus je ne puis l'admettre, insinue Jean André).

Et les légistes ajoutent que, dans les matières où les preuves ne peuvent être apportées avec certitude, il faut s'en tenir à des conjectures (l. 5, *non omnes*, § 6, *a barbaris*, *Dig.*, de re militari, XLIX, 16). Par exemple, un témoin dépose qu'il a vu telle chose devant certaines personnes; un autre témoin déclare à son tour qu'il a, lui aussi, vu la même chose devant d'autres personnes; dès lors, le juge devra conclure que ces témoignages ne valent pas, parce qu'ils sont apportés par les témoins un par un et individuellement, déclarent certains juristes, à l'encontre d'autres qui affirment que ces témoignages valent, quoique apportés individuellement... Telle est la façon habituelle de procéder des légistes.

Cette pratique des légistes ne me paraît pas heureuse, reprend Jean André. En effet, et en premier lieu, si nous disons que le premier jugement a été rendu devant cent personnes, le second devant deux cents, le troisième devant trois cents, il ne s'ensuit pas du tout, à mon avis,

qu'il y ait eu six cents personnes pour donner leur consentement. Car les cent premières personnes ont pu faire aussi partie des deux cents autres, puis des trois cents suivantes, et nous n'aurions en tout que trois cents personnes aptes à apporter leur consentement. — De même, et en second lieu, dans le cas où, les témoins ayant gardé le silence sur le nombre des personnes présentes, c'est le juge qui a dû supputer ce nombre, si le juge, estimant qu'il avait pu y avoir vingt personnes présentes à chacun des dix jugements rendus, a conclu que deux cents personnes avaient donné leur consentement à la coutume, il a fait erreur : car les mêmes personnes, présentes au premier jugement, ont pu l'être aussi aux neuf autres; et les témoignages ainsi apportés seraient sans effet. C'est d'ailleurs pour éviter cet inconvénient, que le statut d'une corporation doit être établi par la majorité, mais en présence de tous les membres de la corporation. — On peut même ajouter, en troisième lieu, que les membres d'une corporation ou d'une collectivité doivent intervenir en corps, et non pas isolément ou individuellement (l. 6, *quum omnes*, X, de constitutionibus, I, 2; regula 160, aliud, *Dig.*, de diversis regulis juris antiqui, L, 17). D'où il résulte que, d'une part, la majeure partie du peuple doit être présente à chacun des actes invoqués comme preuve de la coutume, et que, d'autre part, le peuple doit consentir à la coutume, collectivement, et non pas isolément. — Toutefois cette dernière condition a paru trop dure : si, en effet, il était nécessaire que la majeure partie du peuple donnât son consentement collectivement, en tant que corps ou personne morale, cela irait contre la notion même du consentement tacite, qui est celui qui caractérise la coutume et la différencie du statut. Or, de même que la coutume et le statut diffèrent pour la qualité du consentement, la coutume étant constituée essentiellement par le consentement tacite et le statut par le consentement exprès, de même ils diffèrent par la façon dont le consentement peut être donné : pour la coutume, le consentement de l'individu, en tant que personne *sui juris*, suffit; pour le statut, il faut le consentement corporatif. Et, c'est en raison de cette dernière considération, que la répétition des actes et un long espace de temps sont requis pour la coutume, et non pour le statut. — Je dirai donc, conclut Jean André, que si le plus ancien chanoine prébendé vient à exercer son choix, une première fois, sans que l'évêque et le chapitre, qui tous deux ont autorité en la circonstance, n'élèvent de protestation; puis que, à nouveau, un autre chanoine exerce de même son choix, l'évêque et le chapitre continuant à garder le silence, je dirai que ces deux actes suffiront pour introduire valablement la coutume après un laps de temps de dix ans; ces dix ans écoulés, le plus ancien chanoine se trouvera avoir le droit de choisir sa prébende sans l'intervention de l'évêque et du chapitre; et cela, bien que l'évêque et le chapitre n'aient pas donné à

cette coutume leur consentement d'une façon corporative ou collective, et qu'ils se soient contentés de se taire en présence de cette manière de faire (c. 4, *quum tua in ecclesia*, in-6°, de consuetudine, I, 4).

Que retenir de cette longue discussion sur la question de savoir comment les témoins doivent déposer, quand ils sont appelés à témoigner sur l'existence d'une coutume? Ceci : les témoins, qui sont tenus à prouver les faits, doivent prouver trois choses : l'existence de l'usage, la fréquence de l'usage et sa durée pendant le laps de temps requis. Mais leur témoignage ne vaut que si la majeure partie du peuple, considérée dans son ensemble, a été présente à chacun des faits allégués par les témoins, contrairement à ce que proposent les légistes qui se contenteraient d'une majorité morcelée, et partant fictive, majorité recueillie en plusieurs fois, les mêmes personnes pouvant ainsi intervenir deux ou trois fois comme témoins identiques des divers faits. Jean André cependant n'exige pas que la majeure partie du peuple donne son consentement d'une façon corporative ou collective; cette condition n'est requise que pour le statut. Pour la coutume, le consentement privé paraît suffire, du moment que la plus grande partie du peuple est témoin approbateur de chacun des actes constitutifs, et qu'il y a réitération de ces actes durant le laps de temps voulu. — Cette fois, Jean André ne craint pas, contrairement à son habitude, d'exprimer ici avec fermeté son opinion personnelle, notamment quand il s'agit de savoir comment il convient de compter les personnes qui doivent, par leur présence, constituer une majorité.

Et il achève de résoudre la question si complexe de la preuve de la coutume en revenant sur une difficulté déjà signalée : Soit, dit-il, la majeure partie du peuple a donné son consentement à la coutume qui veut que l'héritage revienne dans sa totalité au premier-né. Cependant, parmi les attestations reçues, l'une ou l'autre témoigne que l'héritage a été divisé contrairement à cette coutume. *Ces quelques actes contraires suffiront-ils à faire obstacle à l'introduction de la coutume?*

Non, la coutume est tout de même introduite. C'est la solution donnée par la glose de la règle 123, *nemo alieno nomine, Dig., de diversis regulis juris antiqui*, L, 17. Cette glose envisage le cas suivant : la majeure partie du peuple, qui pouvait introduire la coutume, a agi une ou deux fois contrairement à la coutume. Que résulte-t-il de ces actes? Si la première coutume était prescrite et déjà confirmée par le laps de temps requis, ces actes contraires ne lui nuisent pas; mais, si la première coutume n'était encore, ni prescrite, ni confirmée, ces actes interrompent la coutume. Cette glose qui est bonne reproduit notre opinion qui est également celle de Dy. (1) et des grands canonistes (l. 5, *naturaliter*,

(1) Peut-être Dinus ou Dynus Megellanus, Dino de Mugello, dit aussi D. de Rosso.

Dig., de usurpationibus et usucapionibus, XLI, 3). Cependant Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche prétendent le contraire, mais c'est à tort...

Ainsi donc, conclut Jean André, le fait que la majeure partie du peuple s'est prononcée, une fois ou l'autre, contre la coutume ne nuit pas à cette coutume si celle-ci est déjà prescrite et confirmée.

F. — Jean André passe maintenant à l'examen de la sixième de ses grandes divisions : **Comment le juge doit-il prononcer la sentence qui termine l'action en justice qui proposait la coutume en jugement ? Qualiter consuetudo in iudicio proposita et probata per sententiam iudicis terminetur ?** On suppose que l'existence de cette coutume a par ailleurs été prouvée.

Il est inutile d'insister sur ce point, déclare Jean André : car la réponse à cette question apparaît suffisamment, par ce qui a été dit précédemment, sur la façon dont il convient de proposer une coutume dans un jugement. En effet la sentence rendue doit être conforme à la demande présentée (c. 24, qualiter, X, de accusationibus, V, I; l. 18, ut fundus, *Dig.*, communi dividundo, X, 3).

Cependant Jean André juge bon de montrer comment il doit y avoir accord entre la demande formulée et les preuves apportées : si un demandeur, dit-il, a introduit une action en l'appuyant sur une seule cause, par exemple sur la coutume, *ex consuetudine*, et cela d'une façon expresse, et qu'il vienne à prouver que sa demande repose sur une autre cause, par exemple sur un statut; ou encore qu'il vienne à prouver le contraire de ce que contenait sa demande, il doit être débouté de sa demande, à moins que cette dernière ne soit prouvée au moyen d'une autre cause sous-exprimée... — Cette solution repose sur deux raisons : la première, c'est que le demandeur, qui s'appuie sur une cause nettement désignée, succombe, du moment qu'il établit la preuve de l'existence d'une autre cause (c. 3, abbate, in-6°, de sententia et re iudicata, II, 14); les arguments contraires qu'on peut apporter ont trait, soit à des cas où la cause n'était pas exprimée dans la demande, soit à des cas où la cause dont l'existence a été prouvée était sous-entendue et comme incluse dans la cause indiquée (c. 31, licet Hely, X, de simonia, V, 3; l. 14, et an eadem, *Dig.*, de exceptione rei iudicatae, XLIV, 2). La seconde raison qui justifie la solution proposée, c'est que le juge doit juger selon la demande qui a été formulée (c. 2, quum dilectus, X, de ordine cognitionum, II, 10; l. 18, ut fundus, *Dig.*, communi dividundo,

nibus, jurisconsulte, et théologien toscan, né à Mugello, mort en 1303. Mais il faut noter que si l'édition de Venise, 1581, porte les lettres Dy., l'édition de Venise, 1489, porte écrit en entier le mot Binus, lequel reste non identifié.

X, 3). — Guillaume de Gannat, qui a étudié cette question d'une façon abondante, donne aux juges le conseil d'absoudre en ce cas le défendeur et de réserver le droit du demandeur pour le cas où il viendrait à formuler une autre demande (l. 30, Bæbius Marcellus, *Dig.*, de pactis dotatibus, XXIII, 4; c. 15, examinata, X, de judiciis, II, 1). — Cependant ce conseil est superflu quand la cause est expressément mentionnée dans la demande : car il est bien certain que, si le demandeur qui échoue intente une nouvelle action en s'appuyant sur une cause différente de celle invoquée auparavant, l'exception de la chose jugée ne lui est pas opposable (c. 2, significantibus, X, de libelli oblatione, II, 3; c. 17, nimis prava, X, de excessibus prælatorum et subditorum, V, 31).

La sentence du juge qui termine le jugement relatif à l'existence d'une coutume doit donc correspondre à la demande présentée : toute demande, qui exprime d'une façon explicite la cause sur laquelle elle s'appuie, doit fournir la preuve de la cause invoquée, et non la preuve d'une autre cause.

G. — Et, la sixième de ses grandes divisions rapidement étudiée, Jean André passe à la septième. **Quels sont les effets de la coutume ?**

Au sujet de cette question, il faut savoir, remarque tout d'abord Jean André, que Hostiensis, dans sa *Summa*, reconnaissait cinq vertus à la coutume ; mais d'autres juristes lui en attribuent huit, qui seraient les suivantes : la coutume interprète, abroge et corrige le droit ; elle supplée à la loi ; elle introduit une présomption ; elle rend quelqu'un habile pour juger ; elle confère juridiction ; elle peut rendre quelqu'un inhabile. — Bien que d'autres docteurs établissent encore d'autres distinctions, mieux vaut adopter la distinction suivante, propose Jean André : ou bien la coutume porte sur des matières non traitées par le droit écrit et, en ce cas, elle est observée comme loi (*Grat.*, c. 7, in his rebus, dist., XI; l. 32, de quibus, et l. 33, diuturna, *Dig.*, de legibus senat., I, 3) ; ou bien la coutume porte sur des matières dont traite le droit écrit, soit naturel, soit positif, et alors, trois hypothèses sont plausibles : ou bien le droit écrit confirme d'une façon expresse la coutume ; ou bien il s'y oppose d'une façon expresse ; ou bien il ne confirme, ni ne contredit d'une façon expresse la coutume. — Aucun doute possible en ce qui concerne la première et la seconde hypothèse. Mais, dans l'hypothèse où la coutume n'est, ni expressément approuvée, ni expressément condamnée par le droit écrit, deux cas peuvent se présenter, selon que la coutume s'appuie ou ne s'appuie pas sur la raison. — Si la coutume n'est pas fondée sur la raison, elle est sans valeur (*Grat.*, c. 3, mala consuetudo, et c. 4, veritate manifestata, dist. VIII; c. 11, sana quippe, dist. IX; l. 39, quod non, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; Nov. CXXXIV, ut nulli iudicium, cap. 1, nunc vero). — Si au contraire

la coutume est fondée sur la raison, elle peut être selon le droit, *secundum jus*, ou en dehors du droit, *præter jus*, ou au-dessus du droit, *supra jus*, ou contre le droit, *contra jus*. Si, en premier lieu, la coutume est selon le droit, *secundum jus*, elle vaut et corrobore le droit (*Grat.*, c. 7, frustra, dist. VIII; l. 11, cum de novo, *Cod.*, de legibus et constitutionibus principum et edictis I, 14; l. 3, leges quoque, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; c. 8, pastoralis, **X**, de fide instrumentorum, II, 22). Si, en second lieu, la coutume est en dehors du droit, *præter jus*, elle est également valable (*Grat.*, c. 7, in his, et c. 8, catholica, dist. XI; c. 11, illa, dist. XII; l. 33, diuturna, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; et c. 42, ad apostolicam, **X**, de simonia, V, 3). Si, en troisième lieu, la coutume est au-dessus du droit, *supra jus*, elle interprète le droit et est valable (c. 8, quum dilectus, **X**, de consuetudine, I, 4; l. 23, minime; l. 37, si de interpretatione; l. 38, nam imperator, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). Si, en quatrième lieu, la coutume est contraire au droit, *contra jus*, elle est contraire, soit au droit divin, soit au droit des nations, soit au droit positif : si elle est contraire au droit divin, ou bien c'est au droit divin moral qui formule des préceptes et des défenses, et alors la coutume ne vaudra pas (*Gratianus*, his ita, Decreti prima pars, VI dist. post can. 3); au surplus, comme nous sommes dans la distinction qui envisage les coutumes raisonnables, une telle hypothèse n'est pas à faire, puisqu'une coutume contraire au droit divin moral serait nécessairement non raisonnable; ou bien c'est au droit divin cérémoniel ou sacramentel que la coutume serait contraire, et alors la coutume pourrait valoir contre la lettre de ce droit (*Grat.*, c. 1, cum enixa; et c. 2, si mulier, dist. V). Si maintenant c'est contre le droit des nations que tend à prévaloir la coutume, les docteurs disent que la coutume ne peut valoir que si elle s'appuie sur une raison d'utilité publique (l. 13, venditor, *Dig.*, communia prædiorum, VIII, 4; l. 3, prætor ait, § 5, divus, *Dig.*, de sepulcro violato, XLVII, 12; c. 7, quæ in ecclesiarum, **X**, de constitutionibus, I, 2). Si enfin c'est contre le droit positif que se trouve combattre la coutume, les légistes disent : de deux choses l'une, ou bien la coutume est antérieure à la loi, et alors c'est la loi postérieure qui l'emporte sur la coutume et a force juridique (l. 8, quicumque, *Cod.*, qui admitti ad bonorum possessionem, VI, 9; l. 1, sive ex jure, *Cod.*, ne fidejussores, V, 20); ou bien la coutume est postérieure à la loi, et alors c'est la coutume qui a l'avantage sur la loi.

Ainsi Jean André, après avoir rappelé les effets attribués à la coutume tant par Hostiensis que par les autres juristes, propose la division suivante : la coutume porte, ou bien sur des matières dont ne parle pas le droit écrit, et alors elle fait loi; ou bien sur des matières dont parle le droit écrit, et alors : ou elle est confirmée par le droit écrit et vaut; ou elle s'oppose au droit écrit et ne vaut pas; ou elle n'est ni confirmée ni

condamnée par le droit écrit, et, en ce dernier cas, elle est, ou elle n'est pas, fondée sur la raison : si elle n'est pas fondée sur la raison, elle ne vaut pas; si au contraire elle est fondée sur la raison, elle a force juridique si elle est, soit selon le droit, *secundum jus*, soit en dehors du droit, *præter jus*, soit au-dessus du droit, *supra jus*, auquel cas elle interprète la loi; mais si, s'appuyant sur la raison, elle est contraire au droit, *contra jus*, elle n'a pas de valeur si elle s'oppose au droit divin moral; elle n'en a que si elle s'oppose, soit au droit divin cérémoniel et sacramentel, soit au droit positif qui lui est antérieur. — Assurément la division proposée par Jean André présente une forte cohésion; toutes les distinctions apportées découlent en effet du premier principe posé; cette division est donc d'une logique rigoureuse, mais elle ne fait peut-être pas assez ressortir les diverses vertus que possède la coutume : sous ce dernier aspect la division proposée par Hostiensis était, semble-t-il, préférable.

Et, pour en terminer avec la question des effets de la coutume, Jean André se demande *si c'est la coutume qui supprime la loi, ou la loi qui supprime la coutume*. — Il répond : La loi, qui est postérieure à une coutume propre à certains lieux ou à certaines personnes, ne supprime cette coutume qu'autant qu'elle fait mention de cette suppression, du moment que la coutume est raisonnable (c. 1, *licet romanus Pontifex*, in-6°, de constitutionibus, I, 2). Mais, si la coutume est postérieure à la loi, ou bien elle est générale et le législateur lui-même en fait usage : en ce cas elle abroge la loi (l. 32, de quibus, § 1, *inveterata*, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; c. 28, *nonnulli*, **X**, de rescriptis, I, 3); ou bien elle est particulière, et alors elle ne vaut que dans le lieu où elle existe (l. 32, de quibus, *Dig.*, de legibus senat., I, 3; l. 2, *consuetudinis*, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52; *Grat.*, c. 4, *consuetudinis*, dist. XI); mais notons bien, ajoute Jean André, que, dans le droit canonique, aucune coutume ne vaut qu'à condition d'être prescrite.

La réponse de Jean André est nette; elle tranche même, d'une façon prématurée, une question qui sera très longuement discutée après lui : celle de savoir s'il peut y avoir, dans le droit canonique, des coutumes valables sans être prescrites.

H. — Enfin Jean André en vient à la huitième et dernière des grandes divisions annoncées.

Relativement à la huitième division générale..., je cherche à savoir **si c'est la loi ou si c'est la coutume qu'il faut appliquer dans les cas où l'une et l'autre se taisent et offrent cependant quelques ressemblances avec l'espèce soumise à examen**. Les légistes en effet se posent la question suivante : un cas n'est résolu ni par la loi ni par la coutume; cependant on trouve quelque chose d'ana-

logue à ce cas et dans la loi et dans la coutume; faudra-t-il imiter la loi ou imiter la coutume?

Diverses réponses ont été faites : les unes sont à rejeter, les autres à approuver. — Certains juristes disent qu'il faut donner la préférence à l'élément, soit du droit écrit, soit du droit non écrit, qui se rapproche le plus du cas qui n'a été résolu expressément, ni par la loi, ni par la coutume; mais, si la loi et la coutume présentent d'égales analogies, c'est à la loi qu'il conviendrait de recourir, selon ces juristes : c'est ce que semble dire Accurse (glose sur la loi 32, de quibus, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). — Mais d'autres juristes raisonnent autrement : la coutume, rappellent-ils, supprime la loi qui lui est contraire; de même ce qui est analogue dans la coutume supprime ce qui est analogue dans la loi; et c'est le cas semblable envisagé par la coutume qu'il faut préférer au cas semblable envisagé par la loi. — D'une façon plus générale, on dit encore que, dans le cas où la similitude avec la loi est égale à la similitude avec la coutume, c'est la décision la plus raisonnable, s'il en existe une, qu'il faut adopter : aussi est-ce pour ce motif que nous ne craignons pas de déclarer qu'il faut préférer l'équité qui est plus raisonnable à la rigueur des textes (c. 11, ex parte tua, **X**, de transactionibus, I, 36).

Il faut donc préférer l'équité à la rigueur des textes, conclut Jean André; mais *qu'est-ce que l'équité?*

La raison et l'équité, c'est une seule et même chose (l. 3, in summa, § 5, item Varus, *Dig.*, de aqua et aquæ pluvix arcendæ, XXXIX, 3). Soit l'exemple suivant : dans une vente il y a eu erreur de plus de la moitié dans l'établissement du juste prix. On demande, conformément à la loi, la rescission du contrat, en vue de faire augmenter le prix primitivement fixé ou d'en obtenir un nouveau (c. 3, quum dilecti, et c. 6, quum causa, **X**, de emptione et venditione, III, 17; l. 2, rem majoris, *Cod.*, de rescindenda venditione, IV, 43). Mais, voici qu'une coutume locale, contraire à cette loi, veut que la vente ne soit pas rescindée dans le cas où le prix fixé est insuffisant. Or, dans ce même lieu où prévaut cette coutume relative à la vente, on a fait une location, et il y a eu erreur de plus de la moitié dans la fixation du prix dû pour la location. Eh bien! on recourra à la similitude de la loi, et non à celle de la coutume, pour juger du cas relatif à la location; parce que, dans l'espèce, l'équité est du côté de la loi, et non du côté de la coutume (l. 14, quod vero, *Dig.*, de legibus senat., I, 3); et, de fait, là où n'existe pas de coutume contraire, il est naturel que ce qui est établi pour la vente ait son application pour la location. — De même, mais en sens inverse, nous suivrions la coutume dans le cas où elle apparaîtrait plus équitable et plus raisonnable que la loi : par exemple, la loi autorise les moines à recueillir la succession de leurs parents. Mais une coutume interdit, en droit féodal, que les moines succèdent à leurs parents. Or la loi et la coutume ne

disent rien en ce qui concerne les chanoines réguliers. Donnerons-nous à un chanoine régulier sa part dans une succession féodale? Non, car la coutume qui exclut le moine de la succession féodale est plus équitable et plus raisonnable que la loi qui ne l'exclut pas : en effet le moine ne peut servir; il n'a pas de volonté propre; et cela est également vrai du chanoine régulier : dès lors, je jugerai du cas du chanoine régulier en recourant à la similitude de la coutume. Par contre, nous nous rapprocherons du droit écrit, en donnant droit de succession au chanoine régulier pour les biens patrimoniaux. Autre exemple : dans la vente, la loi déclare qu'il y a rescission s'il y a lésion de plus de la moitié. Mais une coutume féodale, contraire à la loi, veut que, si c'est un vassal qui vend le bien féodal à son suzerain, la rescission ne puisse avoir lieu. Une telle coutume repose sur l'équité; car c'est gracieusement que le suzerain a donné ce bien à son vassal; dès lors il est convenable que le vassal ne réclame rien en plus du prix fixé, d'accord avec son suzerain, dans le contrat de vente (c. 18, ex parte Compostellani, *X*, de censibus, III, 39; l. 12, si vero non remunerandi, § 15, idem ait, *Dig.*, mandati vel contra, XVII, 1). Or, dans un contrat de louage, quelqu'un a été lésé de plus de la moitié du prix : faut-il faire application de la loi ou de la coutume? S'il s'agit d'un bien féodal loué par le vassal à son suzerain, je jugerai en m'appuyant sur la coutume; mais, s'il s'agit d'un bien non féodal, je jugerai conformément au droit écrit (l. 6, sed cum patrono, *Dig.*, de bonorum possessionibus, XXXVII, 1). — Donc, en général, quand le cas dont il est question appartient à une matière traitée par le droit écrit, mieux vaut recourir à la similitude du droit écrit; et, quand le cas appartient à une matière traitée par la coutume, mieux vaut recourir à la similitude du droit non écrit.

Enfin, si nous nous trouvons en présence d'un cas non résolu ni par la loi ni par la coutume, et pour lequel il y ait des cas semblables, et également semblables, tant dans le droit écrit que dans le droit non écrit d'une part, et, d'autre part, pour lequel ni l'équité ni la matière ne nous inclinent à recourir plutôt à la similitude d'un droit qu'à la similitude de l'autre, il faut préférer, toutes choses égales d'ailleurs, la similitude de la loi, du moins si la coutume est contraire à la loi; car la coutume contraire à la loi est chose odieuse, donc à restreindre, tandis que la raison qui a inspiré la loi est chose à favoriser et à étendre le plus possible (l. 14, quod vero, *Dig.*, de legibus senat., I, 3). — Bien plus, même si la coutume est simplement en dehors du droit, nous préférons encore la similitude de la loi à celle de la coutume, parce que c'est la loi qui nous apparaît, raisonnablement, plus digne d'extension, et cela pour deux motifs : le premier, c'est que, la loi tirant sa force du consentement exprès et la coutume du consentement tacite, c'est ce qui est exprimé en termes clairs et nets qui est le plus à favoriser (c. 3, quod a te,

X, de clericis conjugatis, III, 3); le second, c'est que la coutume ne soustrait à l'autorité de la loi que cela seulement qu'elle a usurpé en sa faveur : or elle n'a pas usurpé en sa faveur la similitude de la loi; donc la loi conserve le droit d'être appliquée, de préférence à la coutume, dans les cas qui, n'étant résolus ni par le droit écrit ni par le droit non écrit, offrent des ressemblances avec ceux envisagés par l'un et l'autre droit.

Certes les raisons apportées par Jean André, pour faire triompher l'équité et la loi dans tous les cas non rigoureusement résolus, soit par le droit écrit, soit par le droit non écrit, sont pleines de sagesse, et les exemples qu'il cite, à l'appui de ses affirmations, appartiennent aussi bien au droit civil qu'au droit canonique.

La *Summa* de Jean André se termine sur ces considérations. Le juriste a tenu sa promesse : il a bien étudié trente-neuf questions secondaires en huit divisions principales, sans oublier une distinction complémentaire. Le moment est donc venu de porter sur l'œuvre du célèbre professeur du xiv^e siècle un jugement d'ensemble.

Cette œuvre est tout à la fois considérable et originale. — Considérable, car elle embrasse, relativement à la coutume, toutes les questions qui ont été posées dans le passé ou pourront l'être dans l'avenir, si on en excepte celle du consentement que doit donner le souverain. Chaque question est examinée avec soin; toutes les autorités qui l'ont étudiée sont invoquées; les arguments en faveur des diverses opinions émises sont impartialement exposés, puis judicieusement critiqués. Jean André connaît, non seulement tous les textes tant du droit civil que du droit canonique, mais aussi tous les commentaires qui en ont été donnés; ces textes et ces commentaires, il les rapproche dans une magnifique synthèse à propos de chacun des problèmes soulevés. — Mais l'œuvre de Jean André n'est pas simplement considérable; elle est encore originale. Sans doute, à première vue, on serait tenté de ne voir, dans le travail si immense et si consciencieux du juriste, que l'érudit dont la science ne connaît pas de borne et le compilateur qui ordonne méthodiquement et harmonieusement les matériaux dont il dispose. Mais, quand on pénètre plus avant dans la *Somme* de Jean André, on ne tarde pas à découvrir des conceptions propres, des vues personnelles, des idées neuves; et c'est ce qui permet d'affirmer que, comparé, soit à Azon et Accurse d'une part, soit à Bottoni et à Hostiensis d'autre part, il ne le cède ni aux uns ni aux autres, mais bien plutôt il les synthétise et les domine. Aussi, si Bernard de Parme et Henri de Suze ont pu être appelés les créateurs de la théorie de la coutume, Jean André peut être surnommé le défenseur de cette théorie. Avec lui et grâce à lui, en effet, la théorie de la coutume dans le droit canonique est érigée en système savamment exposé et juridiquement discuté. Sans préjuger des travaux qui seront ceux des siècles qui suivront, il semble permis

de douter que l'érudition et la logique de Jean André puissent être jamais surpassées.

Ce n'est pas, cependant, que la théorie de la coutume dans le droit canonique proprement dit ait encore reçu son orientation définitive. Jean André reste en effet par trop tributaire des conceptions du droit romain : il est au moins aussi civiliste que canoniste, et le traité de la coutume, qu'on pourrait extraire de ses ouvrages, mériterait le titre de *Traité général de la coutume*, plus et mieux que celui de *Traité de la coutume dans le droit canonique*. La notion qui domine toute l'œuvre du juriste n'est, en effet, autre que celle du consentement que doit recevoir la coutume; mais, pour lui, le consentement du souverain n'est mentionné, ni comme nécessaire, ni même comme utile. Le peuple reste le seul maître de la coutume. Cette notion du droit coutumier, produit de la volonté du peuple, remonte aux origines mêmes du droit romain, Jean André n'est pas parvenu à la transformer sous l'influence de l'Église. Loin de là : tandis que, dans Hostiensis et même dans Bottoni, on pouvait déjà percevoir l'influence exercée par le droit aristocratique de l'Église sur la notion romaine de la coutume, chez Jean André cette influence demeure imperceptible.

Cette influence ne se fait guère remarquer davantage dans l'œuvre d'un des disciples immédiats de Jean André, dans l'œuvre de Henri Boich, dont il convient de dire quelques mots, avant de clore l'étude de la coutume dans le droit ecclésiastique du XIV^e siècle.

Henri Boich (1) est presque un contemporain de Jean André. Né vers 1310, à Saint-Mathieu, dans le diocèse de Saint-Pol de Léon, d'où son surnom de *Leonensis*, il enseignait à Paris vers 1348 et achevait, peu de temps après, son commentaire sur les Décrétales : *Distinctiones in V libros Decretalium*. Ce commentaire marque un progrès sensible sur les œuvres similaires jusqu'alors parues : en effet, non seulement Boich ne se croit plus obligé de commenter chacun des chapitres des Décrétales de Grégoire IX, mais il aime à unifier le commentaire qu'il présente en ramenant, au moins de temps à autre, à une seule question principale, envisagée sous ses divers aspects, les distinctions qu'il propose à propos d'un même chapitre. Boich donne ainsi à son travail une allure plus vive.

(1) Bohicus (Henricus ou Hervaeus ou H. de Bovenco), Henri Bohic, Boych, Boich ou Bouhic, juriconsulte breton, professeur à Paris, chapelain de Saint-Yves, est mort entre 1350 et 1390. Schulte fixe en effet la date de cette mort peu après 1350, tandis que Franklin la fixe en 1390 (c'est par erreur qu'on lit dans son dictionnaire : 1490). En plus de ses *Distinctiones in libros V Decretalium*, Boich a aussi rédigé un commentaire sur le *Sexte*. Les auteurs préférés de Boich, ceux sur lesquels il s'appuie constamment, sont Jean André et Hostiensis. — Les citations qui seront faites dans cet auteur renvoient à l'édition suivante : Boich (Henrici), *In quinque Decretalium libros Commentaria*, Venetiis, 1576, 1 vol. in-fol., Bibliothèque Sainte-Geneviève F. 341.

Sur quatre problèmes principaux, les vues de Boich méritent d'être mentionnées relativement à la question de la coutume.

Tout d'abord, se demande-t-il, *de quelle église faut-il suivre la coutume?* — De deux choses l'une, répond-il; ou bien il s'agit de pratiques ayant trait, soit à des jugements, soit aux sacrements, soit aux jeûnes solennels; et alors, c'est la coutume de l'Église romaine qu'il convient de suivre, sauf le cas où, en ce qui concerne les jugements, l'église cathédrale aurait une coutume spéciale; — ou bien il s'agit de la célébration des offices ou de l'élévation aux dignités, et alors, c'est la coutume de l'église cathédrale qu'il faut adopter, ou, à son défaut, celle de l'église métropolitaine, ou, à défaut de cette dernière, celle des églises voisines; que si les églises voisines ont chacune une manière de faire différente, on adoptera de préférence la coutume qui ne porte préjudice à personne; si enfin on n'arrive pas à déterminer quelle coutume est préférable, on recourra au siège apostolique. — Voilà des décisions nettes, appuyées d'ailleurs sur des décrétales que Boich ne manque pas de citer, mais avec une sobriété relative (1).

Puis, après avoir distingué quatre sortes de coutumes, la coutume selon la loi, *secundum legem*, la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, la coutume au-dessus de la loi, *supra legem*, et la coutume contre la loi, *contra legem*, Boich étudie avec précision la question de savoir *qui l'emporte de la loi ou de la coutume, dans le cas où la coutume est contraire à la loi*. — Il répond : si la coutume est antérieure à la loi, la loi nouvelle supprime la coutume générale qui lui est contraire, même si la loi ne fait pas mention de la coutume; de même la loi postérieure supprime la coutume particulière antérieure qui s'oppose à elle, si la loi est munie de la clause « nonobstant toute coutume contraire passée ou future »; mais, si la loi postérieure n'est pas munie de cette clause abrogatrice, la coutume particulière contraire à la loi garde sa force juridique antérieure. — A l'opposé, supposons que la coutume ait pris naissance postérieurement à l'existence de la loi à laquelle elle s'oppose : si la loi est munie de la clause condamnant les coutumes qui lui sont contraires et les prohibant pour l'avenir, alors la coutume ne peut s'établir valablement; mais, si la loi à laquelle s'oppose la nouvelle coutume ne porte pas condamnation des coutumes qui lui sont ou seront contraires, plusieurs hypothèses sont à faire : si la nouvelle coutume est contraire au droit naturel qui vaut pour tous les temps et est immuable, la coutume est de nulle autorité; si elle est contraire au droit divin considéré dans sa partie morale, elle ne vaut pas davantage; car la violation de ces préceptes moraux constitue un péché; de même en est-il si cette coutume est contraire aux promesses faites à Dieu ou con-

(1) Boich, *Comm.*, cap. 6, Quum olim, X, I, 4.

traire à la religion; mais, si c'est au droit divin considéré dans sa partie liturgique ou cérémonielle, par exemple, à ce qui concerne l'observance du repos sabbatique, que la coutume nouvelle s'oppose, cette coutume peut acquérir force de loi. Si maintenant la nouvelle coutume est contraire au droit des gens ou au droit positif, elle est sans valeur si elle a été introduite par erreur; mais, si c'est sciemment que la collectivité l'a introduite, de deux choses l'une : ou bien cette coutume s'oppose à une loi ou à un canon ordonnant de faire ou d'omettre quelque chose (*aut quæris de lege vel canone præceptum vel inhibitionem, alias prohibitionem continens*), et, en ce cas, la coutume ne peut prévaloir sur cette loi ou ce canon; ou bien la coutume ne s'oppose pas à une loi ou à un canon ordonnant de faire ou d'omettre quelque chose, et alors, — nouvelle distinction, — ou bien cette coutume est non raisonnable, soit parce qu'elle s'oppose à l'ordre judiciaire, ou tend à relâcher la discipline ecclésiastique, soit parce qu'elle constitue un détriment pour l'âme, ou est onéreuse pour les églises, ou est contraire à l'utilité publique : et, en ce cas, une telle coutume non raisonnable ne saurait abroger ni la loi ni le droit; car la coutume ne peut, ni inciter au péché, ni s'opposer à la loi de Dieu et à l'amendement du pécheur; ou bien cette coutume est raisonnable et elle triomphera du droit positif, voire même du droit des gens, en tous les lieux, si elle est générale; dans les lieux seulement où elle est observée, si elle est simplement locale; mais à la condition expresse que cette coutume raisonnable soit en même temps prescrite; car, si elle n'est pas tout à la fois et raisonnable et prescrite, la coutume ne saurait déroger, ni au droit des gens, ni au droit positif, selon la formule même de la décrétale *Quum tanto* (1).

Vraiment Boich trouve le moyen de résumer, en quelques mots, l'enseignement des docteurs relatifs à la force dérogatoire de la coutume. Les canonistes postérieurs reviendront plus en détail sur cette question, mais ils ne seront peut-être pas aussi clairs.

Cette limpidité dans l'enseignement, Boich en fait preuve à nouveau quand il examine la question de savoir *si la coutume peut être alléguée dans les jugements*. — Oui, répond-il, pourvu qu'elle soit raisonnable et prescrite, la coutume peut être invoquée dans les jugements, soit qu'elle se rapporte à l'introduction de la cause, soit qu'elle se rapporte à l'examen même de la cause. Mais *quelle est la coutume à laquelle le juge doit s'en rapporter*? — S'il s'agit d'introduire la cause, c'est la coutume du lieu où la cause est introduite qu'il faut observer; s'il s'agit de l'examen même de la cause, diverses hypothèses peuvent être faites : si la coutume est réelle, et j'appelle coutume réelle celle qui se rapporte à un territoire déterminé, ou à une chose située dans ce territoire, celle

(1) Boich, *In Decretales*, c. 11, *Quum tanto*, X, I, 4.

donc qui, établie dans un territoire, est attachée et fixée à ce territoire et à ses dépendances (*voco consuetudinem realem quæ respicit certum territorium seu res certi territorii, et quæ est insita, inhærens et affixa certo territorio et rebus ipsius*), — si la coutume est réelle, déclare donc Boich, c'est la coutume du lieu où est située la chose litigieuse qui doit être considérée : par exemple, dans le diocèse de Paris, une coutume approuvée veut que l'un des conjoints ne puisse pas faire de donation à l'autre, ni les deux conjoints se faire de donation alternativement, soit entre vifs, soit par dispositions de dernière volonté, sauf si la donation est réciproque et permet à l'époux survivant de posséder les biens mobiliers, sa vie durant, et de faire siens tous les fruits; une telle coutume est réelle et concerne les biens situés dans le diocèse de Paris. Si donc il s'agit d'une charge relative à une chose, c'est la coutume du lieu où est située cette chose qui doit être appliquée. — Si maintenant la coutume est personnelle, — et j'appelle personnelle la coutume qui considère les personnes, et non le territoire, et qui donne naissance au droit en vertu d'un contrat (*et voco consuetudinem personalem quando respicit personas et non territorium et per quam jus nascitur ex contractu*), — alors c'est la coutume du lieu où le contrat a été conclu qu'il faut considérer. — Si enfin il s'agit d'une coutume criminelle, — et j'appelle coutume criminelle celle qui tend à déterminer quels sont les crimes qu'il convient de punir ou de ne pas punir, et qui donne ou donnera naissance au droit en raison d'un délit commis (*et voco consuetudinem criminalem quæ tendit ad crimina punienda vel non punienda et per quam jus nascitur aut nasci impenditur ex delicto*), — alors c'est la coutume du lieu où le délit a été commis qu'il faut envisager. — Et Boich, revenant sur la distinction entre les coutumes réelles et les coutumes personnelles, propose les exemples suivants : en Angleterre, la coutume établit l'ainé héritier de tous les biens; en France, la coutume veut que tous les enfants se partagent la succession à titre égal. Un père de famille qui possède des biens en France et en Angleterre vient à mourir. Qu'advient-il? Le fils aîné recueillera tous les biens situés en Angleterre, mais les biens situés en France seront partagés entre tous les enfants. — Second exemple : en Angleterre, la coutume donne à l'épouse la moitié des biens du mari défunt; en France, la coutume ne donne aucun droit de succession à la veuve sur les biens de son mari. Un mari, qui possède des biens tant en France qu'en Angleterre, meurt : dès lors, la veuve aura la moitié des biens situés en Angleterre, mais elle ne recueillera rien des biens laissés en France par son mari (1).

Ces exemples donnés par Boich, à l'appui de sa doctrine, ne manquent pas d'être rétrospectivement très intéressants à noter. Il en est de même

(1) Boich, *In Dèce.*, c. 3, Quum venissent, X, II, 15.

de la solution que le juriste breton donne à la question : *la coutume excuse-t-elle des délits commis sous sa protection?* — Pour résoudre cette question, répond en effet le juriste, il importe de savoir s'il s'agit d'une coutume particulière à une personne déterminée, auquel cas la coutume, loin d'être une excuse, se trouve être une aggravation du délit; car, si, en aucun cas, une coutume même honnête ou raisonnable ne peut être introduite par une seule et unique personne, à fortiori en est-il ainsi d'une coutume mauvaise; ou s'il s'agit d'une coutume générale, ou tout au moins d'une coutume propre à un lieu, à un peuple, à un collège ou à une communauté, auquel cas diverses distinctions sont à établir. Si la coutume mauvaise a pour objet des délits qui sont directement contre nature, comme la sodomie, la coutume ne peut excuser du délit commis; mais, si la coutume mauvaise a pour objet des délits qui ne sont pas directement contre nature, plusieurs questions se posent. — En premier lieu, ceux qui ignorent l'obligation créée par le droit naturel ou le droit positif, obligation obnubilée et obscurcie par l'existence de la coutume, sont-ils excusables d'une telle ignorance? Par exemple, dans certaines régions, quiconque est appelé voleur ou fils de femme de mauvaise vie, a le droit de se venger lui-même et de souffleter ou de frapper avec le poing son insulteur. Tu as été traité par Titius de voleur ou de fils de femme de mauvaise vie, et, ignorant l'interdiction créée par le droit de te faire justice toi-même, tu as, conformément à la coutume, frappé ton adversaire avec le poing ou tu l'as souffleté. Es-tu coupable d'une faute? Non, la coutume ici excuse ton délit, aussi bien si c'est une donnée du droit naturel qui se trouve obscurcie par la coutume que si c'est une obligation du droit positif qui est ainsi ignorée. Mais il faut bien remarquer cependant, ajoute Boich, que je ne dis pas, pour autant, que la coutume soit valable; je dirais bien plutôt en effet qu'elle ne l'est pas. — En second lieu, la coutume excuse-t-elle ceux qui, connaissant l'obligation créée par le droit, soit naturel, soit positif, obligation obscurcie par la pratique commune, n'ont pas tenu compte de cette obligation et se sont conformés à la coutume? — Pour répondre à cette question une nouvelle distinction s'impose, déclare Boich : de deux choses l'une en effet; ceux qui ont connaissance de l'obligation créée par le droit et, en même temps, de la coutume corruptrice qui lui est contraire, ou bien croient que, réellement, l'obligation créée par le droit est supprimée par la coutume, ou bien ils ne croient pas qu'elle est réellement supprimée. — S'ils croient, à tort d'ailleurs, car cela n'est jamais réalisé, que la coutume a réellement supprimé l'obligation imposée par le droit, alors cette croyance erronée les excuse du péché commis. — Mais si, tout en ayant connaissance de la coutume contraire au droit, ils ne pensent pas que, par là même, l'obligation créée par le droit ait cessé d'exister, plusieurs sous-distinctions s'imposent :

si la coutume s'oppose au droit naturel ou à l'équité naturelle, loin d'excuser, la coutume aggrave la faute; si la coutume ne s'oppose, ni au droit naturel, ni à l'équité naturelle, mais simplement au droit positif, cette coutume ne saurait cependant excuser, ni de la peine éternelle, ni même de la peine temporelle. Il est cependant à noter; ajoute le juriste breton, que, dans cette hypothèse, le pape remet parfois les peines encourues pour les délits passés (1).

Somme toute, Boich se montre un farouche défenseur de la loi. Il applique, avec une sagesse consommée, les principes du droit aux cas particuliers qu'il envisage; mais, pas plus que son maître préféré, il ne paraît avoir songé à christianiser la théorie de la coutume, en insistant sur le rôle prépondérant du pape dans la formation de la coutume. Si donc une théorie de la coutume apparaît comme solidement constituée et juridiquement discutée dès la fin du xiv^e siècle, et cela, grâce à Jean André qui a su merveilleusement utiliser les travaux tant de ses prédécesseurs que de ses contemporains, cette théorie, il reste à la *canoniser*, c'est-à-dire à la rendre vraiment ecclésiastique et conforme aux canons de l'Eglise, en la dégageant moins imparfaitement du droit civil. Ce sera l'œuvre des siècles qui suivront. Pour l'instant, il convient de déterminer quels sont les progrès réalisés par la théorie de la coutume dans le droit canonique au cours du xv^e siècle (2).

(1) Boich, *Comm.* in cap. 2, Sane super eo, **X**, I, 11.

(2) On peut encore signaler, comme document relatif à la coutume et appartenant au xiv^e siècle, un *Tractatus in materia consuetudinis* de Hugues de Carols (né en 1312, viguier de Carcassonne). C'est le jurisconsulte dauphinois Gui Pape (avocat à Grenoble, mort vers 1487) qui mentionne cette œuvre dont il cite quelques lignes. Voici l'essentiel de cette citation faite par Gui Pape. — Après avoir indiqué une quarantaine de textes du Digeste et du Code qui se rapportent à la coutume, Hugues de Carols écrit : « Sont bons les usages et coutumes qui ne s'opposent ni ne nuisent, soit au droit divin, soit à l'intérêt public... En second lieu, peuvent être dits bons les usages ou coutumes qui sont tolérés ou confirmés par l'autorité de la loi... et, généralement, est bonne toute coutume qui n'est pas condamnée par la loi. *Dicuntur boni usus et consuetudines omnes illi qui juri divino aut rei publicæ non repugnant seu adversantur... Secundo dicî possunt usus seu consuetudines qui auctoritate legis tolerantur et coadjuvantur... Et generaliter in omni consuetudine quæ a lege non damnatur* » (*Singularia Guidonis Pape*, n° 803, Lyon, 1533). — Voir : *Histoire littéraire de la France*, t. XXXV, p. 617.

CHAPITRE III

LA THÉORIE DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DURANT LE XV^e SIÈCLE

La théorie de la coutume dans le droit canonique se constitue à part du droit romain : premier essai de christianisation de cette théorie.

Concile de Salzbourg de 1420. — Synode de Cologne de 1423. — Martin V (1417-1431). — Calixte III (1455-1458). — Jean de Raguse, mort vers 1445. — Alexandre de Nevo, professeur à Padoue vers 1457. — Panormitanus ou Nicolas de Tedeschis, professeur dès 1421, mort en 1443.

Sur la question de la coutume, le xv^e siècle présente, d'abord, quelques décisions conciliaires, puis, une Décrétale de Martin V et une autre de Calixte III, ensuite, l'*Oratio* de Jean de Raguse et quelques renseignements concernant la procédure qui ont pour auteur Alexandre de Nevo. Mais, c'est Panormitanus qui constitue la grande autorité canonique de ce siècle, et c'est lui qui devra le plus retenir l'attention.

En 1420, le Concile de Salzbourg, réuni par Eberhard, archevêque de cette ville, déclare invalides les coutumes qui constituent un fardeau pour les églises, *quæ gravamen ecclesiis inducere demonstrantur*, et il prescrit aux Ordinaires des lieux de résister en toutes circonstances à de telles coutumes.

En 1423, dans le synode de Cologne, l'archevêque Théodore édicte les statuts de son église et condamne avec énergie les princes séculiers qui, dans les limites de son diocèse, ont la témérité de s'opposer aux coutumes et observances, tant anciennes que louables, introduites par la dévotion des fidèles; il s'élève particulièrement contre ceux qui, d'une façon ou d'une autre, empêchent que, soit au moment des funé-

(1) Concilium Salzbургense provinciale an. 1420, tit. III, de Consuetudine. Conciles Hardouin, t. VIII, col. 961.

railles, soit au septième et au trentième jour après le décès, soit aux anniversaires des défunts ou en d'autres circonstances, on offre, conformément à la pratique et à la coutume, des pains, de la viande ou des fromages, ou encore des poissons, du vin ou de la bière, ou même des chandelles ou des denrées ou quelque autre chose que ce soit. Il interdit, de plus, formellement d'introduire, à la place de ces coutumes, de nouvelles coutumes qui seraient de véritables pratiques corruptrices (1).

Puis, en 1425, le pape Martin V, dans une bulle adressée aux vénérables évêques de Trèves et de Lubeck, approuve, sur la demande du clergé et des habitants de la ville et du diocèse de Breslau, une coutume de cent ans et plus, coutume raisonnable, ajoute-t-il, observée, prescrite et approuvée par la pratique de ceux qui ont à agir, introduite pour l'utilité commune, en vertu de laquelle les administrateurs de biens peuvent établir un contrat de vente, portant sur des cens annuels, avec faculté de rachat au même prix que celui fixé pour la vente (2).

Et en 1455, Calixte III approuve, presque dans les mêmes termes, un contrat similaire de vente avec faculté de rachat; il s'adresse aux doyens des églises de Magdebourg, de Nuremberg et de Halberstadt (3); et les diverses qualités qu'il attribue à cette coutume indiquent combien la théorie, systématisée au xiv^e siècle, a prévalu dans la pratique de la cour romaine. En effet, pour faire reconnaître la légitimité de la coutume dont ils désirent la consécration, les introducteurs de la demande des habitants de Magdebourg notent avec soin, non seulement le caractère immémorial de la coutume, mais encore son caractère d'utilité publique, puis sa prescription légitime et son observance continue, enfin sa ratification expresse par l'autorité en plusieurs circonstances. En vérité, Calixte III aurait eu bien mauvaise grâce à ne pas reconnaître la validité d'une telle coutume.

Mais voici un document, non moins curieux, encore que antérieur de vingt ans au précédent : c'est l'*Oratio* de Jean de Raguse, procureur général de l'ordre des Frères prêcheurs (4). Dans cette *Oratio* adressée au concile de Bâle de 1433, Jean de Raguse parle de la communion sous la seule espèce du pain, comme d'une coutume tout à fait antique dans l'Eglise, et il fait ressortir les raisons qui militent en faveur de cette

(1) *Statuta ecclesie Coloniensis a Theodorico archiepiscopo in provinciali synodo edita*, c. IV, contra abrogantes pias et laudabiles consuetudines. Hardouin, t. VIII, col. 1009.

(2) C. 1, Regimini, Extrav. comm., lib. III, tit. V.

(3) C. 2, Regimini. Extrav. comm., lib. III, tit. V.

(4) Jean de Raguse (Joannes Ragusinus), orateur, théologien et sermonnaire italien, dominicain, président du concile de Bâle, né à Raguse, dans la Dalmatie, mort vers 1445. On écrit aussi J. de Ragusio (Franklin, *Dict.*).

pratique contre la pratique opposée de la communion sous les deux espèces, pratique que défendait Jean de *Rokyžana* (1). La preuve principale à apporter en faveur de la communion sous la seule espèce du pain, déclare solennellement Jean de Raguse, se tire de la coutume de l'Eglise, qui remonte aux temps les plus reculés, et a été universellement introduite dans l'Eglise depuis plusieurs centaines d'années. Il y a, en effet, plus de deux cents ou trois cents ans, ou en tout cas à peu près, que les docteurs catholiques ont commencé à louer et à approuver, dans leurs livres et écrits, la coutume universelle de l'Eglise qui consiste à communier sous une seule espèce. Or, il est clair que cette coutume n'a pas été introduite en un seul jour, en un seul mois ou même en une seule année dans l'Eglise universelle; bien plus, aucun des docteurs, qui louent ou approuvent cette coutume, n'a pu ni su assigner la date précise à laquelle cette coutume a pris naissance d'une façon générale, et cela, en raison même de son antiquité : d'où il faut conclure, sans hésiter, que la communion sous les deux espèces n'a jamais existé dans l'Eglise universelle de Dieu, mais que, selon les exemples variés du Christ lui-même, la coutume s'est diversifiée. En effet, le Christ a donné la communion sous les deux espèces au cours de la Cène, à la veille de sa mort; mais, après sa résurrection, ne lisons-nous pas, selon la remarque des saints, qu'il a donné la communion sous la seule espèce du pain, puisque c'est à la fraction du pain que les deux disciples d'Emmaüs le reconnaurent. De même encore, on lit que, à Jérusalem, l'Eglise primitive et les Apôtres persévéraient dans la fraction du pain et la communion (Actes des Apôtres, II, 42), ce qui doit s'entendre de la communion sous l'espèce du pain sanctifié. Quant aux Corinthiens, ils communiaient sous les deux espèces, comme cela ressort de ce que leur écrit l'Apôtre (*I Cor.*, XI, 23-34). Et c'est ainsi que, d'une façon générale, la diversité se maintint dans la pratique des laïques qui communiaient, tantôt sous une seule espèce, tantôt sous les deux espèces. Cette diversité dura jusqu'au jour, où, en raison de certains périls et de diverses erreurs, la coutume de l'Eglise universelle prescrivit la communion sous une seule espèce. Mais on ne retrouve le principe ou l'origine de cette coutume, ni dans la mémoire des hommes, ni dans les écrits des docteurs, ni dans les annales des écrivains. Or, comme la coutume, dont on n'a plus en mémoire la date d'origine, doit être considérée comme établie par le droit, selon les affirmations des lois elles-mêmes, cette coutume de la

(1) Jean de Rokycanz, ou Rokyczani, ou Rokycani (né à Rokycanz en Bohême), fut le principal théologien des Hussites, prit part au Concile de Bâle de 1433, devint archevêque *calixtin* de Prague et mourut le 22 février 1471 (voir Fabricius Mansi, *Bibliotheca latina med. et inf. ætatis*, Florence, 1858, t. VI, p. 419-420; et Hefele : *Histoire des Conciles*, trad. H. Leclercq, t. VII, p. 765).

communio sous la seule espèce du pain doit donc être considérée et observée comme loi (1).

Jean de Raguse raisonne fort bien, et il achève sa démonstration en rappelant les témoignages déjà cités de saint Ambroise, de saint Augustin, de saint Jean Damascène, de saint Thomas, etc..., en faveur de la coutume.

Alexandre de Nevo (2), lui, est un procédurier qui enseignait à Padoue, vers 1457, et qui complète les indications déjà fournies par Guillaume Durand. — En premier lieu, il n'est pas nécessaire de faire mention dans le libelle de la demande que la coutume, sur laquelle le demandeur fait reposer son droit, est approuvée et légitimement prescrite; il suffit d'indiquer sur quelle coutume on s'appuie. — En second lieu, on peut introduire une action en prenant pour base le droit non écrit : on sera alors en présence d'une *condictio descendens de consuetudine*. Par exemple, il existe dans une ville une coutume qui a été ensuite classée parmi les statuts de cette ville. J'agis contre Titius en raison de cette coutume : devrai-je proposer la *condictio ex consuetudine* ou la *condictio ex statuto*, se demande Alexandre de Nevo? Une telle question montre, tout au moins, combien la procédure du xve siècle s'inspirait encore de celle du droit romain. — En troisième lieu, Alexandre de Nevo soulève une discussion pleine d'intérêt sur la signification du terme *voir* employé au cours d'un débat judiciaire. Pour prouver une coutume, suffit-il que le témoin dépose qu'il a vu qu'elle était observée : *videre me ita fuit observatum*? Alexandre de Nevo répond : non, cela ne saurait suffire; car, par le mot *voir*, on peut désigner trois choses différentes : ou bien la sensation éprouvée par le corps; ou bien le jugement de la raison; ou bien l'opinion de celui qui parle. Or le mot *voir* ne constitue une preuve que quand il exprime la sensation qu'on a éprouvée, mais non quand il exprime, soit le jugement de la raison, soit l'opinion de celui qui parle (3). — Certes, voilà des textes très intéressants par eux-mêmes, mais qui ne montrent qu'indirectement toutefois les progrès que réalise la théorie de la coutume dans le droit canonique.

(1) Oratio Joannis de Ragusio, in concilio Basileense habita, XVI januarii 1433 (*Conciles Hardouin*, t. VIII, col. 1686 et 1687). Sur la question de la communion sous les deux espèces, on lira avec intérêt le livre récent de G. Constant : *Concession à l'Allemagne de la communion sous les deux espèces*. Etude sur les débuts de la réforme catholique en Allemagne (1548-1621). — Bibliothèque des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome. Paris, de Boccard, 1923, 2 vol. in-8°.

(2) Alexandre de Nevo enseigne à Padoue pendant vingt-six ans et il y enseignait en 1457. Ses principaux ouvrages sont des *Consilia contra Judæos fœnerantes* et un Commentaire *In IV priores libros Decretalium*. — Venetiis, 1585, in folio, 2 vol. (Schulte, t. II, p. 330).

(3) *Additiones* de Alexandre de Nevo, au titre de *Consuetudine* du *Speculum judiciaire* de G. Durand, tit. IV, *Abbate*.

Il en est tout autrement de l'enseignement de Panormitanus (1). — Panormitanus s'appelait Nicolas de Tedeschis; il fut, successivement, professeur à Sienne et à Bologne; puis, il devint abbé d'un monastère en Sicile, d'où sa désignation sous les noms de Abbas Siculus ou Modernus; enfin, il fut promu archevêque de Palerme, d'où son surnom le plus usuel de Panormitanus. Il enseignait dans la première moitié du xv^e siècle, puisqu'il est mort en 1443.

Comme Jean André, Panormitanus a résumé, en quelques mots, chacun des chapitres des *Décrétales* de Grégoire IX et du *Sexte*; un certain nombre de ces sommaires figurent dans les éditions modernes du *Corpus juris canonici*. Comme Jean André aussi, Panormitanus a rédigé des commentaires sur chacune des *Décrétales* qui sont contenues dans les collections officielles ecclésiastiques; mais, tandis que Jean André avait fait précéder d'une *Summa* longue et savante ses commentaires sur les chapitres du titre de *Consuetudine*, Panormitanus se contente, — on va le voir, — de quelques considérations très brèves sur la coutume en général, avant de se livrer à des commentaires appropriés sur les onze chapitres qui constituent le titre de *la Coutume* (2).

Tout d'abord, Panormitanus s'efforce de définir la coutume. Il critique la définition qu'en a donnée Jean André. Cette définition, dit-il, à savoir que la coutume est un droit institué par les manières de faire de celui qui a, en vertu de l'autorité publique, le pouvoir de créer le droit, cette définition peut être déclarée en un certain sens défectueuse, eu égard au chapitre *Quum tanto*, du titre même de *la Coutume*; car ce chapitre laisse sous-entendre qu'une coutume peut être introduite contre les canons par des inférieurs au pape; et cependant, ces inférieurs n'ont nullement le pouvoir de créer ni lois ni statuts contre les canons (comme il ressort du canon 7, institutionis, *Grat.*, C. XXV, q. 2; et du chapitre 9, quod super his, **X**, de majoritate et obedientia, I, 33; Pan., l. c., rubrica de Consuetudine, n. 1).

Puis, cette remarque faite, Panormitanus se demande si, sous l'appellation générale du *Droit*, il faut comprendre les statuts et les coutumes : cette question est d'un intérêt quotidien et notable, dit-il; supposons

(1) Panormitanus (Nicolaus), Niccolo Tedeschi, dit Nicolas de Palerme ou le Panormitain, célèbre théologien et canoniste italien, archevêque de Palerme, cardinal, né soit à Palerme, soit à Cattane, mort en 1443. On le trouve encore nommé N. ou Abbas Siculus, N. de Tudeschis, N. Tudeschius, N. de Tudeschis, N. de Tudesco, et il fut surnommé *Lucerna juris*. Ses principaux ouvrages sont : une *Lectura seu Apparatus ad Decretales Gregorii IX*, une *Lectura in constitutiones Innocentii IV* et des *Distinctiones*.

(2) Toutes les citations de Panormitanus qui vont suivre sont extraites de l'édition de Venise, 1605 : *Abbatis Panormitani commentaria, primæ partis in primum Decretalium librum*, Venetiis, MDCV, in fol., Bibl. nat. E. 1189 : c'est à cette édition que se rapportent les références données.

qu'une affaire ait été confiée par compromis à des arbitres, et, en la leur confiant, on leur a dit qu'ils auraient à se prononcer *selon les droits, secundum jura*. Ces juges pourront-ils juger l'affaire, qui est soumise à leur arbitrage, en s'appuyant sur les coutumes et les statuts du lieu? Gui de Suzaria (1) répond non; ou, du moins, il affirme que les juges ne pourraient pas s'appuyer sur les coutumes et les statuts contraires au droit; car, d'une part, plusieurs textes semblent le déclarer (l. 32, si per, *Cod.*, de episcopali audientia, I, 4; l. 14, rem non novam, *Cod.*, de judiciis, III, 1), et, d'autre part, le mot « droit » désigne le droit commun des Romains (§ 2, sed jus, *Instil.*, de jure naturali, I, 2). Cette opinion de Gui de Suzaria, plus ou moins approuvée par Jean André, le *Cardinal* (2) l'a rapportée et faite sienne; mais j'ai constaté que Maître Antoine (3) a soutenu le contraire à propos du chapitre 23, Quintavallis, **X**, de jurejurando, II, 24. Or, avant de connaître cette opinion de Maître Antoine, c'était celle de Gui de Suzaria que je préférerais. Il en est autrement désormais; car j'ai dit plus haut que la coutume était un droit encore que non écrit, et, comme ici nous ne sommes pas en matière odieuse, les termes généraux doivent s'étendre à toutes les espèces contenues dans le genre (c. 13, sciscitatus, **X**, de rescriptis, I, 3). Dès lors, puisque les statuts et les coutumes sont des droits, ils doivent être compris sous l'appellation générale du terme « droit ». Aussi bien, les divers droits prescrivent-ils de juger selon les statuts et les coutumes des lieux (c. 3, quum venissent, **X**, de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandæ, II, 15; *Grat.*, c. 11, illa, dist. XII; l. 3, an in totum, *Cod.*, de ædificiis privatis, VIII, 10). Donc, si ces arbitres prononcent selon les coutumes, ils jugeront selon les droits, même si ces coutumes sont contraires au droit (Pan., l. c., rubrica de Consuetudine, n. 2 et 3). Et Panormitanus cite de nombreux textes se référant à cette question... Ainsi donc, pour Panormitanus, la coutume est comprise sous le terme « droit »; elle est un droit, sinon au même titre que la loi écrite, du moins à un titre équivalent. La réponse du juriste a d'autant plus de valeur que c'est presque à contre cœur et, en tout cas, grâce à un effort fait sur lui-même, qu'il a adopté ce point de vue.

(1) Gui de Suzaria (Guido Suzarius), jurisconsulte italien, professeur à Modène, à Reggio et à Crémone, né, dit Pancirole, au château de Suzaria, dans le Mantouan, mort après 1270. On écrit aussi G. de Susaria (Franklin, *Dict.*).

(2) Il s'agit peut-être de François Zarabella, professeur à Padoue, puis à Florence, évêque de Florence en 1418, puis Cardinal, qui est mort en 1417; il est souvent cité sous le titre de *Cardinalis* (Tardif, *Droit can.*, p. 203 et 332). Cependant Maassen a démontré que cette qualification désignait le cardinal Grâtien, qui fut élève de Bulgarus à Bologne, puis professeur; en 1168, il était sous-diacre et notaire de la sainte Eglise romaine (Tardif, *Droit can.*, p. 317).

(3) Sans doute Antoine de Butrio dont Panormitanus donnera le nom en entier tout à l'heure.

Ces considérations générales une fois faites, Panormitanus en arrive au commentaire de chacun des onze chapitres qui constituent le titre de la *Coutume*, de *Consuetudine*, dans les *Décrétales* de Grégoire IX. Mais, tandis que le commentaire fourni sur les dix premiers chapitres ne présente rien de vraiment intéressant, celui qui accompagne le chapitre onzième, c'est-à-dire la décrétale « *Quum tanto* », contribue, d'une façon si notable, à l'enrichissement de la théorie de la coutume dans le droit canonique sur plusieurs points particuliers, qu'il convient de l'étudier avec soin.

En premier lieu, Panormitanus précise les rapports de la coutume et du droit naturel : les préceptes moraux de la loi naturelle sont immuables, dit-il, en tant qu'ils sont fondés sur la raison naturelle ; mais les préceptes de cette même loi relatifs aux cérémonies du culte sont muables, parce que, en raison de l'avènement du Christ, ils ont cessé d'être des figures. — Ne pensez cependant pas, ajoute-t-il, que, même en ce qui regarde les préceptes moraux de la loi naturelle, la coutume soit indistinctement à rejeter ; car la décrétale *Quum tanto* ne condamne la coutume dans ses rapports avec le droit naturel que relativement et limitativement : elle déclare, en effet, simplement que la coutume ne vaut pas dans le cas où la transgression du droit divin conduit au péché ; c'est donc que, quand cette transgression ne conduit pas au péché, la coutume peut obtenir force de loi. Or cette condition peut se vérifier, et elle se vérifie, dans deux circonstances : d'abord, quand la coutume augmente ou diminue le champ d'application du droit divin ; puis, quand elle introduit quelque distinction dans le domaine d'application de ce droit : la loi positive peut en effet délimiter la portée générale du droit naturel ; dès lors la coutume, qui n'est autre chose que la loi non écrite, peut faire de même. Mais, là où aucune raison n'autorise que le droit divin soit changé ou limité, aucune loi ni aucune coutume contraires à ce droit ne sauraient obtenir force juridique : tel serait le cas si, par exemple, une coutume tendait à faire prévaloir qu'il n'est pas permis d'honorer ses père et mère : c'est alors que la première partie du texte de la décrétale *Quum tanto* recevrait son application (Pan., l. c., cap. XI, n. 2).

Le droit naturel ou divin (pour Panormitanus ces deux qualifications sont équivalentes) peut donc recevoir de la coutume, comme de la loi elle-même, une certaine modification : la coutume peut étendre ou restreindre les applications de ce droit, et aussi introduire des distinctions utiles pour la mise en valeur de ce droit.

En second lieu, Panormitanus insiste très heureusement sur le caractère raisonnable que doit posséder toute coutume.

La raison, dit-il, est comme la cause formelle de la coutume ; or c'est la forme qui donne l'être aux choses ; *Nam ratio est quasi causa formalis*

ipsius consuetudinis, forma autem dat esse rei (c. 42, quia propter, **X**, de electione, I, 6; Pan., l. c., c. XI, n. 15).

Et Panormitanus cite l'opinion curieuse par laquelle Antoine de Butrio (1) prétend définir à quel signe on reconnaît qu'une coutume est ou n'est pas raisonnable.

Antoine de Butrio, reprend-il, affirme qu'une coutume raisonnable, quel que soit le droit envisagé, c'est celle qui correspond à la fin poursuivie par ce droit. Or la fin du droit canonique et divin, c'est la félicité de l'âme, et la fin du droit civil, c'est le bien public. Dès lors, si une coutume favorise la félicité de l'âme, elle est raisonnable au point de vue du droit canonique et divin; si, au contraire, elle détourne de la félicité éternelle, elle est non raisonnable. En faveur de cette opinion, ajoute Antoine de Butrio, nous pouvons invoquer le canon 5, *consuetudo, Gral.*, dist. 1, dans lequel il est dit, vers la fin, que la coutume doit favoriser la religion et la discipline ecclésiastique : *porro si ratione lex constat, lex erit omne jam quod ratione constiterit, duntaxat quod religioni congruat, quod disciplinæ conveniat, quod saluti proficiat*. — Par ailleurs, au point de vue du droit civil, une coutume est non raisonnable si elle ne procure pas le bien public, puisque la fin de ce droit c'est le bien public. Aussi les lois qui autorisent l'usure et la prescription, même dans le cas de mauvaise foi, sont-elles raisonnables au point de vue du droit civil, puisque c'est en vue du bien public qu'elles donnent force de loi à ces usures et à ces prescriptions; mais le droit canonique, lui, réprouve toute prescription qui détourne de la fin éternelle, puisque son but c'est de diriger l'homme vers Dieu.

Cette théorie de Antoine de Butrio, continue Panormitanus, est vraie en soi; elle est même bien trouvée; cependant elle ne nous permet pas de discerner, d'une façon suffisamment nette, quand une coutume peut être dite raisonnable. Souvent, en effet, une coutume ne tend pas à procurer la félicité éternelle, et cependant elle est digne d'approbation : telle est la coutume à laquelle fait allusion le chapitre 8, *quum dilectus*, **X**, de consuetudine, I, 4; et aussi, celle qui est mentionnée dans le chapitre 3, *quum ecclesia Sutrina*, **X**, de causa possessionis et proprietatis,

(1) Antoine de Butrio, né à Bologne vers 1338, étudia le droit sous P. de Ancarani et fut promu au doctorat de droit civil en 1384, au doctorat de droit canonique en 1387. Depuis cette date jusqu'à sa mort en 1408, il enseigna le droit canonique à Bologne, à Pérouse, à Florence, à Ferrare et encore à Bologne. Le pape Grégoire XII lui confia des missions importantes. Ses leçons étaient extrêmement suivies et plusieurs de ses élèves devinrent des canonistes renommés, notamment Zarabella et Dominique de San-Geminiano. Il a composé des commentaires sur les cinq livres des Décrétales et sur le Sexte, des traités sur le droit de patronage, le contrat de vente et la simonie, des *Repertoria* de Droit civil et de Droit canonique (Tardif, *droit can.*, p. 332).

II, 12. De ces textes, il ressort en effet qu'une coutume est raisonnable, dès qu'elle ne favorise pas le péché.

Le Cardinal, poursuit Panormitanus, a proposé une autre théorie : est présumée raisonnable, selon lui, sauf preuve du contraire, toute coutume qui n'est opposée, ni au droit naturel, ni au droit des gens, ni au droit positif; mais, inversement, toute coutume opposée à l'un de ces trois droits est présumée non raisonnable. — A première vue, cette théorie semble acceptable, puisque le simple fait de s'opposer au droit introduit une présomption contre la coutume (c. 1, *episcopum*, in-6°, de *præscriptionibus*, II, 13). Toutefois cette théorie est loin de me plaire en tout, car la coutume constitue un droit; dès lors, les parties en cause n'ont pas à prouver son caractère raisonnable, mais c'est au juge de s'assurer qu'il existe.

Et mon opinion, qui s'efforce de concilier toutes les autres, continue Panormitanus, c'est qu'il faut laisser au juge le soin de se prononcer sur le caractère raisonnable de la coutume, comme le veulent Hostiensis et Jean André; mais, pour former sa conviction, le juge tiendra compte des diverses théories rapportées plus haut : il examinera, d'abord, si la fin de la coutume est bonne ou mauvaise; puis, si elle est contraire au droit ou en dehors du droit; ensuite, si elle a été introduite pour une juste raison; enfin, si le droit approuve ou condamne de telles coutumes (Pan., l. c., c. XI, n. 5).

Panormitanus précise donc la théorie émise par Hostiensis et Jean André, en indiquant au juge sur quels motifs il doit s'appuyer pour former sa conviction. Mais Panormitanus prévoit une objection.

Il semblerait en effet, dit-il, qu'une coutume contraire au droit ne puisse jamais être raisonnable, puisque le droit est fondé sur la raison (*Grat.*, c. 2, *erit autem lex*, dist. IV; l. 9, *leges sacratissimæ*, *Cod.*, de *legibus et constitutionibus*, I, 14; *Grat.*, c. 5, *consuetudo*, dist. 1); conséquemment, toute coutume contraire à une loi raisonnable ne saurait être raisonnable : car, du moment que la loi est bonne ou raisonnable, la coutume contraire est nécessairement mauvaise ou non raisonnable (c. 33, *intellecto*, X, de *jurejurando*, II, 24; *Grat.*, c. 17, *Hospitalium*, dist. XXXII).

L'objection est nettement posée.

Pour résoudre cette objection, reprend Panormitanus, il faut dire ceci après Jean André : s'il est vrai que, considérées sous une seule raison et sous une seule fin, la coutume et la loi, quand elles s'opposent l'une à l'autre, ne peuvent être toutes deux raisonnables, cela n'est plus vrai si la coutume et la loi sont considérées sous des aspects différents; car alors, une coutume contraire à une loi raisonnable peut, elle-même, être raisonnable considérée sous un autre point de vue. En voici un exemple : la loi veut que l'évêque traite les affaires en prenant conseil de son

chapitre (c. 4, novit, et c. 5, quanto, **X**, de his quæ fiunt a prælato sine consensu capituli, III, 10). Cette loi est raisonnable pour plusieurs motifs : d'abord, parce que l'évêque et les chanoines ne forment qu'un même corps; puis, parce qu'un jugement est d'autant plus garanti contre l'erreur qu'il y a eu plus de juges pour le porter (c. 31, prudentiam tuam, **X**, de officio et potestate judicis delegati, I, 29). Et cependant une coutume peut s'établir contre cette loi (comme c'est le cas pour la coutume dont il est question dans le chapitre 3, non est, in-6^o, de consuetudine, I, 4) et être raisonnable sous un autre rapport : il peut être raisonnable, par exemple, que l'évêque traite seul certaines affaires, sans prendre conseil de son chapitre, parce qu'il est bon que parfois les affaires soient expédiées plus rapidement. Par conséquent deux contraires peuvent être tous deux raisonnables, pourvu qu'on les considère sous des rapports différents; ainsi en est-il par exemple du fait de se marier ou de ne pas se marier (*Grat.*, c. 41, nuptiarum, C. XXVII, q. I; *Pan.*, l. c., c. XI, n. 6).

Une coutume contraire à la loi peut donc, elle aussi, être raisonnable et le juge pourra la déclarer telle sans crainte de se contredire.

Mais, en troisième lieu, une coutume ne doit pas seulement être raisonnable, continue Panormitanus; elle doit être aussi prescrite, selon l'expression du chapitre *Quum tanto. Aussi convient-il d'étudier avec soin la question de la prescription de la coutume.*

Sur la question de la prescription de la coutume, beaucoup d'opinions diverses ont été émises, remarque Panormitanus, surtout depuis que Cynus et Pierre de Belleperche ont rejeté, en un certain sens du moins, les termes mêmes de la décrétale *Quum tanto*, en déclarant que la coutume ne peut jamais être prescrite : la prescription concernant le droit déjà formé et la coutume formant, elle, le droit, il est impossible, ont-ils affirmé, que la coutume soit prescrite. *Consuetudo non potest præscribi quia præscriptio respicit jus formalum, consuetudo est quid disponens, ergo non potest præscribi* (*Pan.*, l. c., n. 7).

L'opposition est nettement établie entre la coutume et la prescription; mais Panormitanus trouve le moyen ingénieux de la faire disparaître. Il reprend :

Le texte de la décrétale *Quum tanto* ne signifie pas, sachez-le, que la coutume doit être prescrite comme est prescrite la propriété d'une chose; mais qu'elle doit être prescrite en ce sens qu'elle n'est valable, juridiquement parlant, qu'une fois écoulé le laps de temps requis pour la prescription. Aussi, — et c'est une seconde remarque à faire, — le droit canonique n'exige la prescription de la coutume que dans le cas où la coutume est *contraire au droit positif*, et cela, parce que les inférieurs ne peuvent rien établir contre le droit canonique (c. 8, quum dilectus, **X**, de consuetudine, I, 4); si donc, dans un cas donné, les inférieurs

veulent supprimer quelque canon, ils n'ont qu'un seul moyen à leur disposition : il faut qu'ils prescrivent contre le droit ou la loi du supérieur.

Et Panormitanus complète sa remarque si judicieuse par une considération qui lui est personnelle.

Vous devez en effet savoir que le droit civil ne requiert jamais que la coutume soit prescrite, même dans le cas où elle est contraire au droit; seul notre droit canonique fait mention expresse de cette prescription.

Pourquoi cette différence, ajoute Panormitanus?

Je pense que la raison de cette différence, c'est que les séculiers (les laïques) ont, de par l'empereur, le pouvoir de faire des lois même contraires à la loi du souverain (l. 9, *omnes populi*, *Dig.*, de *justitia et jure*, I, 1); dès lors, s'ils viennent à établir une coutume contraire à la loi, il n'est pas besoin qu'eux-mêmes prescrivent contre la loi du souverain, puisqu'ils ont le pouvoir de supprimer directement cette loi par un statut contraire. C'est la raison pour laquelle le droit civil ne requiert, comme condition essentielle de l'introduction d'une coutume, que le seul consentement tacite du peuple (l. 32, de *quibus*, *Dig.*, de *legibus senat.*, I, 3). Mais, dans le droit canonique, il n'est aucunement permis aux ecclésiastiques de statuer d'une façon qui s'oppose aux canons (c. 11, *his*, **X**, de *majoritate et obedientia*, I, 33; *Grat.*, c. 7, *institutionis*, C. XXV, q. 2). Aussi faut-il que ce soit comme par une prescription véritable qu'on obtienne la suppression du canon établi par le pape, si bien que ce ne sera pas tant la coutume qui sera prescrite, mais bien plutôt la loi du pape qui le sera; et la coutume sera dite prescrite à la façon d'un droit prescrit (Pan., *l. c.*, n. 7).

Les termes employés par Panormitanus sont à peser avec soin. Ils sont, en effet, révélateurs d'une conception nouvelle et riches d'un progrès à peine visible, mais réel : d'abord, seule la coutume contraire à la loi a besoin d'être prescrite; puis, le consentement tacite du peuple, qui suffit, sans prescription, à introduire valablement une coutume contraire à la loi en droit civil, ne suffit plus, à lui seul, en droit canonique, alors que, jusqu'ici, il suffisait, au dire de tous les théoriciens et docteurs du moins. Pourquoi cette différence? Parce que les ecclésiastiques n'ont pas, comme les séculiers, le pouvoir de faire des lois : *de jure canonico, non est permillum viris ecclesiasticis statuere contra canonem* (Pan., *l. c.*, n. 7). — Qu'est-ce à dire? sinon que le pape a un rôle à jouer pour qu'une coutume puisse s'introduire dans le droit canonique. Sans doute, Panormitanus ne formule pas encore cette exigence en termes exprès, mais il la postule implicitement, en déclarant que la coutume doit prescrire « contre le pape » : la coutume désormais ne peut vaincre la loi ecclésiastique qu'autant que la loi portée par le pape a été annulée par prescription. — En vérité, la théorie de la coutume dans le droit

canonique commence à se constituer bien à part de la théorie de la coutume dans le droit civil.

Si bien, continue Nicolas de Tedeschis, — et cela aussi mérite d'être consigné, — qu'une coutume peut être introduite contre les canons par les inférieurs, *grâce à la prescription*, tandis que cela ne peut être fait au moyen du statut... C'est d'ailleurs pour cette raison que j'ai pris soin de combattre la définition de la coutume proposée par Jean André : car les ecclésiastiques, qui peuvent introduire une coutume contre les canons, ne peuvent pourtant pas faire de lois contre ces canons (Pan., l. c., n. 8).

Voilà une nouvelle affirmation qui est bien de nature à éveiller l'attention : toujours, jusqu'ici, il avait été dit que ceux qui avaient le pouvoir d'introduire une coutume avaient également le pouvoir de faire des lois. Comment donc Panormitanus ose-t-il déclarer que les ecclésiastiques ont le pouvoir de constituer des coutumes contraires aux canons, mais non des lois contraires à ces mêmes canons ? Tout simplement pour la raison qui, tout à l'heure déjà, lui a fait dire que le consentement tacite du peuple, qui suffit à introduire la coutume dans le droit civil, ne suffit plus à l'introduire dans le droit canonique :

D'où il suit, conclut Panormitanus, et les termes choisis sont d'une importance exceptionnelle, *que vous pourrez dire que cette coutume tire sa force, non seulement du consentement tacite des ecclésiastiques*, — voici donc le consentement tacite du peuple remplacé par le consentement tacite des ecclésiastiques, premier changement intéressant à enregistrer au point de vue du droit canonique, — *mais encore de l'autorité du pape permettant qu'une coutume, contraire aux canons soit introduite, unde poterat te dicere quod ista consuetudo assumit vires, non solum ex tacito consensu virorum ecclesiasticorum, sed auctoritate Papæ permittentis induci consuetudinem contra canones* (Pan., l. c., n. 8), voilà le second changement introduit, et il constitue une innovation grosse de conséquences : en effet, pour la première fois dans l'historique de la coutume, il est fait mention *expresse* de la permission du pape comme d'une des conditions essentielles à l'introduction de la coutume contraire aux canons. Jusqu'ici l'autorité ecclésiastique avait toujours, il est vrai, usé *en fait* du droit de condamner et de rejeter les mauvaises coutumes ; mais ce droit n'avait pas été *théoriquement* reconnu et justifié ; le voici désormais nettement proclamé. — Il faut noter, de façon à ne pas le perdre de mémoire, le nom du juriste auteur, ou tout au moins divulgateur, de cette innovation.

Est-ce à dire d'ailleurs que Panormitanus nie que le consentement du peuple soit la cause efficiente de l'introduction de la coutume ? Non, il n'a pas cette prétention.

En quatrième lieu, dit-il en effet, *le consentement du peuple est si néces-*

saire à l'introduction d'une coutume qu'on peut se demander si une coutume introduite sous le couvert d'une erreur a force de loi : j'ai, par erreur, mis la main sur le chariot dans lequel on a placé le vin que j'ai acheté ; désormais ce vin voyage à mes risques et périls. Mais pourquoi cette coutume introduite par erreur vaudra-t-elle pour le vin, encore qu'elle ne puisse valoir pour les autres liquides ? « Cette coutume vaut pour son cas, déclare Panormitanus, parce que le peuple a donné son consentement à cette coutume, croyant sans doute que cela était juridique et raisonnable, *consuetudo servanda est in suo casu, ex quo populus consensit in illam consueitudinem, credens forte hoc esse iudicium et rationabile* » (Pan., l. c., n. 12).

Le consentement du peuple apparaît même à Panormitanus si essentiel pour la validité juridique de la coutume qu'il ajoute : « Si cependant l'erreur était si grande qu'elle supprimât le consentement du peuple, alors la condition exigée par la glose, à savoir la science, condition que nous avons rejetée comme excessive, retrouverait sa raison d'être, et la coutume ne serait pas introduite, parce que la cause efficiente de la coutume, à savoir le consentement du peuple, ferait défaut. *Sed ubi esset tantus error, quod tolleret consensum populi, tunc procederet glossa et non esset consuetudo introducta, quia deficeret causa efficiens, scilicet ipse consensus populi* » (Pan., l. c., n. 12, in fi).

Ainsi donc, le consentement du peuple est encore qualifié expressément de cause efficiente de la coutume par Panormitanus, tout comme le caractère raisonnable a été déclaré précédemment sa cause formelle par le même auteur. Et cependant, ce n'est plus seulement du consentement des ecclésiastiques, mais aussi de l'autorité du pape permettant, que la coutume contraire aux canons tire sa force singulière, a déclaré tout à l'heure Panormitanus. Mais l'innovation est trop récente pour exercer déjà son influence sur les autres éléments de la théorie de la coutume dans le droit canonique.

Bien plus, à la question plus précise que la glose l'invite à envisager à nouveau, à savoir : la coutume est-elle valable si elle est introduite alors que celui qui a le pouvoir de créer le droit l'ignore ? Panormitanus répond sans se rallier à l'opinion qui exige que le pape donne un consentement *en connaissance de cause et exprès* à la coutume.

Beaucoup de juristes, dit-il, ont, il est vrai, soutenu que celui qui a le pouvoir de créer le droit doit *sciemment*, c'est-à-dire en connaissance de cause, donner son consentement à la coutume (l. 32, de quibus, § *in fine*, Dig., de legibus senat., I, 3). Cependant Jean (1) (*Grat.*, c. 5,

(1) Sans doute Jean André que Panormitanus cite abondamment, mais le plus souvent en ajoutant aux lettres *Jo*, la mention *And.*, Ici on ne trouve que *Jo*. Mais il pourrait bien aussi être question de Jean Le Moine (Johannes Monachus), chanoine

consuetudo, dist. 1; c. 3, in istis, § leges, dist. IV; c. 7, frustra, dist. VIII), affirme que le consentement donné sciemment et en connaissance de cause par le pape n'est pas requis pour introduire valablement une coutume; car en ce cas la coutume ne serait que rarement ou même jamais introduite. Cette opinion de Jean me paraît plus commune et elle me plaît; d'abord, parce que la décrétale *Quum tanto* ne requiert que deux conditions seulement : la coutume doit être raisonnable et légitimement prescrite; puis, parce que dans le chapitre 1, licet Romanus, in-6^o, de constitutionibus, I, 2, il est question d'une coutume dont on reconnaît la valeur juridique, bien qu'on y déclare que le pape est censé ignorer les statuts et les coutumes des divers lieux. — A ce propos Maître Antoine ajoute une chose qui certes serait notable si elle était vraie : dans le cas, dit-il, où une coutume contraire au droit serait connue du pape, il suffirait d'un laps de temps de dix années pour que cette coutume obtienne force de loi; car alors la coutume aurait le consentement de celui-là même qui peut établir une loi contraire à celle qui existe. — L'affirmation de Maître Antoine est, à coup sûr, importante; mais elle n'est pas solide au point de vue juridique, déclare Panormitanus. J'avoue cependant que je serais de son avis dans le cas où le pape, non seulement aurait connaissance de la coutume, mais encore en aurait fait lui-même usage. Mais, s'il s'agit de pratiques simplement en usage dans la région et seulement connues du pape, je ne pense pas que ces coutumes obtiennent force juridique du simple fait que le pape les connaît : car, dans son propre pays, on tolère beaucoup de choses qu'on n'approuve pas (c. 18, quum jam dudum, X, de præbendis et dignitatibus, III, 5; Pan., l. c., n. 13).

Ainsi donc, la coutume a force de loi dans le droit canonique, à condition d'être raisonnable, prescrite, introduite par le consentement du peuple et aussi munie de la permission du pape, mais non pas nécessairement d'un consentement sciemment et expressément donné par le pape.

En cinquième lieu, quelle durée doit avoir une coutume pour pouvoir être dite prescrite, se demande Panormitanus?

Fort diverses sont les réponses faites, répond le canoniste : la glose du chapitre *Quum tanto* requiert dix ans comme pour la prescription. Certains juristes exigent une ancienneté immémoriale. La bonne solution consiste à distinguer la coutume dans le droit civil et la coutume dans le droit canonique. — Dans le droit civil, c'est le laps de temps

de Paris, conseiller du roi de France, promu au cardinalat en 1294, envoyé en 1302 comme légat en France par Boniface VIII, mort à Paris en 1313 après avoir fondé un collège dont une rue de Paris rappelle l'emplacement. Jean Le Moine a écrit des *Apparatus* sur le Sexte et sur les Extravagantes (Tardif, *droit can.*, p. 327).

de dix ans qui est déclaré uniformément suffisant, même pour les coutumes contraires au droit. Les légistes raisonnent en effet ainsi : les divers droits requièrent un temps long pour introduire une coutume; or dix ans constituent un temps long; donc ils suffisent pour qu'une coutume ait force juridique. — Mais dans le droit canonique la coutume est, ou bien contraire au droit, *contra jus*, ou bien en dehors du droit, *præter jus*. Si la coutume est en dehors du droit, dix années suffisent (voir glose du ch. 4, *quum tua in ecclesia*, in-6°, de consuetudine, I, 4, et aussi glose du c. 7, *consuetudo*, *Grat.*, dist. XII), sauf la cas où la coutume nuirait aux droits de quelques église, cas dans lequel quarante ans seraient requis aussi bien pour la coutume que pour la prescription. (C'est ce que note Innocent à propos du c. 8, *quum dilectus*, **X**, de consuetudine, I, 4; mais Innocent n'exige une durée de quarante ans que si la coutume porte préjudice aux droits de l'Eglise universelle. Je n'approuve pas cette distinction : car il n'y a pas lieu d'être moins favorable à une portion de l'Eglise qu'à l'Eglise dans son ensemble.) Mais, si la coutume est contraire au droit, *contra jus*, c'est quarante ans qui sont requis ou, ce qui revient au même, il faut que la coutume soit prescrite (c. 11, *quum tanto*, **X**, de consuetudine, I, 4 et c. 3, *non est*, in-6°, de consuetudine, I, 4). — La raison de la différence qui existe entre le droit civil, qui ne requiert jamais qu'une durée de dix ans, et le droit canonique qui exige, tantôt dix ans, tantôt quarante ans, a été donnée plus haut, tout comme la raison pour laquelle la durée requise pour la coutume contraire au droit est différente de la durée requise pour la coutume en dehors du droit. — Une chose cependant me paraît vraisemblable, ajoute Panormitanus : c'est que, si la coutume tend à s'opposer aux droits réservés au souverain à titre de privilège spécial, il faut pour la reconnaissance de cette coutume une durée immémoriale, aussi bien dans le droit civil que dans le droit canonique (c. 26, *super quibusdam*, **X**, de verborum significatione, V, 40); dans ce cas, en effet, la raison pour laquelle la durée de dix ans était déclarée suffisante par le droit civil ne vaut plus (Pan., *l. c.*, n. 11).

Panormitanus ne fait donc plus mention d'un laps de temps différent entre absents et présents; il ne connaît plus, d'une part, que la durée uniforme de dix ans, tant pour la coutume dans le droit civil quelle qu'elle soit (à une exception près), que pour la coutume en dehors du droit, *præter jus*, dans le droit canonique, et, d'autre part, la durée de quarante ans pour la coutume contraire au droit, *contra jus*, dans le droit canonique. L'immémorialité de la coutume n'est exigée que si la coutume bat en brèche les droits spécialement réservés au souverain dans l'un ou l'autre droit. Panormitanus n'admet d'ailleurs pas, d'une façon générale, que le laps de temps requis pour la prescription de la coutume puisse être diminué par le fait que celui contre qui court la

prescription, ou contre qui s'établit la coutume, a connaissance de la pratique contraire au droit (Pan., *l. c.*, n. 14).

En sixième lieu, faut-il que la coutume ait été reconnue valable dans un jugement contradictoire pour avoir force de loi, demande maintenant Panormitanus?

La glose requiert cette sixième condition (glose de la l. 34, cum de consuetudine, *Dig.*; de legibus senat., I, 3; et glose du c. 25, abbate, **X**, de verborum significatione, V, 40). Il faudrait donc nécessairement que, en réponse à une contradiction, il ait été au moins jugé une fois que la coutume existe. — Bien que quelques docteurs aient soutenu cette opinion, l'enseignement commun des canonistes et des légistes, reprend Panormitanus, c'est que cette condition n'est nullement requise, et cela, pour les motifs suivants : d'abord, c'est par les manières de faire et par les usages que la coutume est dite s'introduire (l. 32, de quibus, *Dig.*, de legibus senatusq., I, 3; *Grat.*, c. 5, consuetudo, dist. I; § 9, ex non scripto, *Instit.*, de jure naturali, I, 2); donc un acte judiciaire n'est pas nécessaire. Puis, si cette condition exigée par la glose était vraiment requise, aucune coutume ne pourrait acquérir force juridique : car, si un jugement contradictoire, rendu conformément à la coutume, était nécessaire à l'introduction de toute coutume, ce jugement lui-même ne pourrait être établi. Pour pouvoir l'être il faudrait, en effet, que la coutume existât, juridiquement parlant, avant même que la sentence judiciaire fût prononcée, ce qui serait de toute évidence impossible dans ce cas. Néanmoins les docteurs de l'un et l'autre droit reconnaissent que la coutume se trouve introduite par un acte judiciaire, dès le moment où un juge a porté une sentence contraire à la loi, sans que le peuple, qui a eu connaissance de cette sentence, ait élevé de protestation : dans une telle hypothèse, l'acte judiciaire suffit en effet pour prouver la coutume, non pas, il est vrai, parce qu'il est un acte judiciaire, mais parce que, grâce à cet acte judiciaire, le peuple a clairement manifesté son consentement (Pan., *l. c.*, n. 16).

Nouvelle différence entre Panormitanus et ses prédécesseurs : selon Panormitanus, la coutume ne peut plus être dite requérir un jugement contradictoire pour être constituée dans son être juridique; car, pour qu'un tel jugement puisse être rendu, il faut déjà que la coutume existe. — Cette affirmation était, sans doute, déjà contenue implicitement dans la fine observation faite par Jean André, à savoir que le jugement reconnaît la coutume, mais ne l'introduit pas. Toutefois c'est Panormitanus qui l'a mise en pleine lumière.

En septième lieu, continue Panormitanus, combien d'actes faut-il pour qu'une coutume soit introduite?

La glose exige, comme septième condition de la validité de la coutume, que les hommes aient fait usage plusieurs fois de la coutume dans l'in-

tention de la rendre obligatoire. Combien d'actes sont donc requis?

Nombreuses encore sont sur ce point les opinions diverses des canonistes et des légistes, constate Panormitanus. Mais l'opinion commune affirme qu'il faut des actes suffisamment nombreux et notoires; pour qu'on puisse conclure avec vraisemblance que le peuple en a eu connaissance; car, précise Panormitanus, comme je l'ai déjà dit, « ce n'est pas l'usage par lui-même, mais bien le consentement du peuple qui introduit la coutume; *non actus, sed tacitus consensus populi inducit consuetudinem* ». — En conséquence, dès qu'il apparaît, en raison des circonstances, que le consentement tacite du peuple existe, il n'y a pas à s'occuper de la fréquence plus ou moins grande des actes posés (Pan., l. c., n. 17).

Le consentement du peuple reste donc, dans la théorie exposée par Panormitanus, la cause efficiente de la coutume; encore que, dans la pensée profonde du juriste, cette cause efficiente ne puisse parvenir à sortir son effet, au moins dans le cas d'une coutume contraire au droit écrit, qu'en vertu d'une permission, — il ne dit pas d'un consentement sciemment donné, — du pape.

Mais un seul acte notoire suffirait-il à introduire une coutume, poursuit Panormitanus? Certains légistes répondent oui; toutefois Bartole(1) est d'un avis opposé; car la coutume repose sur la fréquence de la pratique: or il n'y a pas de fréquence là où il n'y a qu'un seul acte. De plus, l'idée essentielle que suggère le mot coutume et l'étymologie même de ce mot s'opposent à ce qu'un seul acte puisse introduire une coutume. Enfin, un seul acte, si notoire qu'on le suppose, ne peut manifester d'une façon suffisante le consentement; car on peut penser, à juste titre, que c'est par erreur ou pour éviter un scandale que le peuple n'a pas élevé de contradiction.

Cette raison me plaît, déclare Panormitanus; mais cependant il convient d'établir une distinction: si l'acte unique qui est en question a une cause successive, c'est-à-dire produit un effet qui dure d'une façon continue, il suffit à lui seul, pourvu qu'il se prolonge pendant le laps de temps requis pour la prescription (c. 5, *quum de beneficio*, in-6°, de *præbendis et dignitatibus*, III, 4). Par exemple, un bénéfice séculier a été conféré à un régulier et possédé par ce dernier durant le laps de temps exigé pour introduire la coutume; ce bénéfice devient régulier, quoiqu'il n'y ait eu qu'une seule collation de ce genre. De même, inversement, un bénéfice régulier a été conféré à un séculier; cette collation constitue

(1) Bartole ou Barthole (Bartholus ou Bartolus, Bartolo, Bonnacursi), célèbre jurisconsulte italien, professeur à Pise et à Pérouse, né à Sasso-Ferrato, dans l'Ombrie, mort en 1356. On l'appelle souvent B. de Saxoferrato, et il a été surnommé: *Dux et auriga juris, lucerna juris, monarchus juris, speculum juris*.

un acte successif, c'est-à-dire un acte dont l'effet se continue par la possession qu'exerce le séculier; il suffit pour introduire une coutume valable. Ainsi encore en serait-il si un pont était édifié sur la voie publique : la cause persévérerait par son effet, et le simple fait d'avoir édifié une seule fois ce pont suffirait à introduire la coutume, si ce pont demeure ainsi édifié durant le laps de temps voulu (Pan., *l. c.*, n. 17).

En principe donc, conclut Panormitanus, un seul acte ne suffit pas pour introduire une coutume, parce qu'un seul acte ne manifeste pas avec assez de certitude que le peuple lui a donné son consentement en connaissance de cause. Il faut cependant excepter le cas où l'acte unique posé a par lui-même un effet permanent.

En huitième lieu, quelles sont les différences qui existent entre la coutume et la prescription?

Il faut dire après Jean André, reprend Panormitanus, que la différence principale et fondamentale entre la prescription et la coutume, c'est que la prescription ne fait acquérir de droit qu'à un particulier, aussi bien en droit public qu'en droit privé, tandis que la coutume fait acquérir des droits, non pas à un particulier, mais bien à une personne publique, donc à toute une collectivité, quelle que soit sa cause, et même si les droits acquis relèvent du droit privé (*l. 13, venditor, § 1, si constat, Dig., communia prædiorum, VIII, 4*). Dès lors, il est manifeste qu'un particulier peut introduire une coutume en extrayant des pierres d'un fonds qui appartient à autrui contre échange d'une somme d'argent, et, bien que ce droit soit exercé par un particulier, il est cependant acquis pour tous d'une façon publique et commune; d'ailleurs, s'il n'était acquis que pour quelques particuliers, il ne constituerait plus une coutume, mais une prescription; car la coutume est une loi et, partant, doit être commune à toute une collectivité (*Grat., c. 2, erit autem lex, dist. IV*).

Sachez cependant qu'une seule et même manière de faire peut constituer une prescription pour certains, une coutume pour d'autres. Jean André apporte un exemple qui éclaire cet enseignement (*l. 3, non est in-6º, de constitutionibus, I, 2*). Si, par des actes répétés, un évêque en arrive à corriger seul ses sujets, sans prendre conseil de son chapitre. par rapport au chapitre et à l'évêque, cette pratique constituera une prescription; car le droit perdu pour le chapitre est acquis à l'évêque; et, sous ce rapport, il ne peut être parlé de coutume, puisqu'il n'y a acquisition qu'au profit d'un seul. Mais, par rapport aux sujets qui sont corrigés par l'évêque seul, cette pratique constitue une coutume; et réciproquement, entre l'évêque et les sujets c'est bien une coutume aussi qui s'est établie pour l'avenir : les sujets en effet n'ont perdu aucun droit, mais ils en ont acquis un nouveau; la coutume nouvelle est comme une loi qui veut que, désormais, les sujets soient jugés par l'évêque seul.

Aussi Jean André note-t-il que, si l'évêque veut triompher dans ses rapports avec le chapitre, il doit posséder un juste titre; car il s'agit d'une prescription et, pour prescrire contre le droit, un juste titre est requis (c. 1, episcopus, in-6^o, de præscriptionibus, II, 13); mais, si c'est avec ses sujets que l'évêque entre en conflit, il n'est nullement tenu de présenter un titre; contre eux il n'a à faire mention que de la coutume; or la coutume, même contraire au droit, ne requiert aucun titre; la coutume est en effet comme une loi, et on ne considère en elle que la seule volonté du peuple et son consentement tacite. D'où une seconde différence à noter entre la prescription et la coutume : la prescription requiert un titre, la coutume n'en requiert pas (Pan., *l. c.*, n. 20).

Quoique Panormitanus se couvre de l'autorité de Jean André, il enrichit singulièrement, par son commentaire, les différences mentionnées par son prédécesseur entre la prescription et la coutume.

Et l'archevêque de Palerme termine son étude originale du chapitre *Quum lanlo* par l'examen d'une dernière question : *en neuvième lieu, une coutume, une fois réprouvée par une loi, peut-elle à nouveau être introduite?* A vrai dire la question est nouvelle; car elle se pose seulement depuis que les pontifes romains ont pris soin de condamner à l'avance les coutumes qui pourraient s'établir dans l'avenir contre les prescriptions de leurs diverses décrétales. La réponse de Panormitanus est très judicieuse.

Il semblerait, remarque-t-il, qu'une coutume, une fois réprouvée par une loi, ne puisse plus être valablement introduite; mais j'ai pour habitude d'alléguer en sens contraire la glose finale du chapitre 22, *statutum*, in-6^o, de electione et electi potestate, I, 6. Je crois en effet que si une raison, qui n'existait pas lors de la promulgation de la loi qui a condamné la première coutume, vient justifier la nouvelle coutume, celle-ci pourra se former valablement (l. 30, si hominem, *Dig.*, mandati vel contra, XVII, 1; Pan., *l. c.*, n. 24).

Les juristes postérieurs, même ceux qui étudieront la fameuse défense portée à l'avance par le concile de Trente contre toute coutume contraire aux lois édictées par lui, ne diront rien de mieux. — Le commentaire de Panormitanus sur les chapitres qui composent *le titre de la coutume* se termine sur ces mots (1).

L'enseignement vraiment personnel de ce juriste peut se résumer en quelques formules très brèves : 1^o la coutume constitue un droit qui a même force que la loi et doit être compris sous l'appellation générale *des droits*. Quiconque a la mission de juger *secundum iura* doit tenir

(1) Panormitanus donne aussi la signification étymologique des termes *possessio et jus positivum* : *dicitur possessio quasi pedum positio quia tunc naturaliter habetur cum pedibus calcatur* (comm. in c. 2, ex litteris, n. 3). *Et dicitur jus positivum : manu positum quia potest variari ex tempore* (comm. in c. 11, quum tanto, n. 2).

compte de la coutume comme de la loi. 2° La coutume peut modifier le droit naturel dans ses applications. 3° C'est au juge qu'il appartient de déclarer si la coutume est raisonnable; pour établir son jugement il tiendra compte, d'abord de la fin bonne ou mauvaise vers laquelle tend la coutume, puis de la nature de la coutume dans ses rapports avec le droit : est-elle contraire au droit, *contra jus*, ou en dehors du droit, *præter jus*? enfin des raisons sur lesquelles repose la coutume. 4° Rien ne s'oppose à ce qu'une coutume même contraire au droit, *contra jus*, soit raisonnable. 5° La prescription requise pour la coutume n'est pas celle qui régit l'acquisition des droits particuliers. 6° Si la loi civile n'exige jamais la prescription, même pour les coutumes qui sont contraires au droit, c'est que, dans le droit civil, la coutume ne repose que sur le seul consentement tacite du peuple qui a le pouvoir de créer le droit. 7° Si, au contraire, la loi canonique exige la prescription pour les coutumes contraires au droit, c'est parce que le canon ecclésiastique doit être prescrit, avant que la coutume qui s'oppose à ce canon puisse être introduite. 8° C'est que, en effet, la coutume dans le droit canonique tire sa force, non seulement du consentement tacite des ecclésiastiques, *mais encore de l'autorité du pape permellant* qu'une coutume contraire aux canons soit introduite. 9° Le consentement tacite du peuple demeure cependant la cause efficiente de la coutume. 10° D'ailleurs il n'est pas requis que le législateur, — en l'occurrence le pape, — donne sciemment et en connaissance de cause son consentement exprès, pour qu'une coutume acquière force juridique. 11° Une coutume en dehors du droit, *præter legem*, est prescrite par une durée de dix ans; mais une coutume contraire à la loi, *contra legem*, ne l'est que par quarante ans dans le droit canonique. 12° Non seulement un jugement contradictoire n'est pas indispensable pour constituer une coutume dans son être juridique, mais il est même impossible qu'un tel jugement soit requis comme condition de validité d'une coutume. 13° En principe, un seul acte, même notoire, ne suffit pas pour créer une coutume; il faut des actes assez nombreux et assez publics pour que le consentement tacite du peuple soit clairement manifesté. Exceptionnellement, un acte, qui a une cause qui le fait durer d'une manière continue pendant le laps de temps requis pour la prescription, peut par lui seul introduire une coutume. 14° La coutume et la prescription diffèrent principalement en deux choses : la coutume est acquise au profit de tous, la prescription ne l'est qu'au profit d'un seul; la coutume n'exige pas de titre, la prescription en exige un. 15° La loi, qui condamne la coutume qui lui est contraire, ne peut condamner à l'avance les coutumes futures qui viendraient à naître appuyées sur de nouvelles et légitimes raisons. — Telle apparaît dans ses grandes lignes la théorie de la coutume dans Panormitanus.

Si cette théorie, qui est celle du xv^e siècle, est rapprochée de celle que présentait le xiv^e siècle à son déclin, elle révèle un progrès sensible, dû à la science profonde et à l'esprit chrétien du grand canoniste ecclésiastique qu'a été Nicolas de Tedeschis.

Panormitanus a su se dégager de l'influence, par trop considérable exercée jusqu'à lui par le droit civil sur le droit canonique : il recourt plus aux décrétates de Grégoire IX et du *Sexle* qu'aux textes mêmes du *Corpus juris civilis*; il pense plus par lui-même que ne l'ont fait ses prédécesseurs; surtout il pense davantage en homme d'Eglise. C'est dans Panormitanus que, pour la première fois, se trouve la mention « d'une permission donnée par le pape » comme d'un élément important pour la formation juridique d'une coutume contraire au droit (1). Cette mention est un fait si capital pour l'histoire de la coutume dans le droit canonique qu'elle suffirait à immortaliser Panormitanus; mais surtout, elle est l'indice certain de la christianisation de la théorie de la coutume. Désormais l'Eglise est maîtresse de son droit; elle a sa théorie à elle sur la question si complexe de la coutume; le mouvement qui amènera la « canonisation » définitive de la coutume, c'est-à-dire son assimilation aux principes directeurs de l'Eglise, est déclenché.

Le xv^e siècle marque donc un progrès très considérable sur les siècles précédents : il est, pourrait-on dire, le siècle où la théorie de la coutume dans le droit canonique est parvenue à se rendre autonome et indépendante de la théorie de la coutume dans le droit civil. Ce progrès est d'autant plus important à signaler que, d'une façon générale, le xv^e siècle a été pour le droit canonique une période de décadence tout comme le xvi^e siècle.

(1) Il convient de remarquer que, dès le milieu du xiii^e siècle, on prenait soin, dans la présentation qu'on faisait des coutumes, de mentionner quand elles avaient été approuvées par tel ou tel pape. Le fait d'avoir été reconnu par Rome était, dès lors, une recommandation de premier ordre pour une coutume dont on contestait l'existence juridique devant les tribunaux ecclésiastiques. Mais la théorie n'était pas encore parvenue à assimiler cette exigence contenue implicitement dans la doctrine. C'est à Panormitanus que semble revenir la gloire d'avoir su introduire l'élément vraiment chrétien dans la théorie de la coutume.

CHAPITRE IV

LA THÉORIE DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DURANT LE XVI^e SIÈCLE

Période de stagnation pour la théorie de la coutume
dans le droit canonique.

Concile de Sens de 1527. — Synode de Cologne de 1536. — Concile de Strasbourg de 1549. — Concile de Trèves de 1549. — Concile de Reims de 1564. — Concile de Salzbourg de 1569. — Concile de Bourges de 1584.

Le xvi^e siècle ne possède pas, comme les xiii^e, xiv^e et xv^e siècles, de juristes et de canonistes de premier ordre sur le point précis de la coutume dans le droit canonique; il n'offre comme vraiment dignes d'être citées que des décisions conciliaires. Ces décisions sont même assez nombreuses. Cela tient à ce que les conciles doivent combattre avec vigueur le protestantisme naissant et avide d'étendre ses conquêtes. Or Luther et ses adeptes battent en brèche la Tradition pour ne reconnaître, comme source unique du dogme, que la Sainte Ecriture abandonnée à l'inspiration privée du fidèle. Il convient donc que l'Eglise rappelle sans cesse à ses enfants que c'est la Tradition, et non l'Ecriture, qui est la première source de la Révélation. Mais la Tradition et la coutume entretiennent des rapports très étroits : conséquemment, en prêchant le culte de la Tradition, les pontifes prêchent, par le fait même, le respect des traditions particulières qu'ils identifient souvent avec les coutumes ecclésiastiques.

En 1527, c'est le concile de Sens qui montre avec fierté tout ce que l'Eglise doit, pour ses pratiques et sa liturgie sacramentaire, à l'enseignement oral : « Il faut, déclare-t-il, que nous croyions à l'autorité des Pères, et que nous observions la coutume des ancêtres qui est parvenue jusqu'au moment présent en traversant une longue série d'années; il faut que nous observions cette coutume, même si nous n'en percevons pas la raison; il faut la garder telle qu'elle nous a été livrée par l'anti-

quitte, en la mettant en pratique d'une façon continue et avec le plus grand respect (1) ».

En 1536, le synode de Cologne consacre un de ses chapitres aux constitutions et coutumes ecclésiastiques, « de constitutionibus et consuetudinibus ecclesiasticis ». Il fait sienne la doctrine de saint Ambroise et de saint Augustin : c'est à l'enseignement non écrit que sont dues, tant l'origine de la plupart des fêtes chrétiennes, que la pratique de l'abstinence du vendredi et du jeûne du mercredi, et aussi celle de la communion plus ou moins fréquente selon les diverses églises. Les traditions ecclésiastiques, rappelle-t-il, surtout celles qui ne nuisent pas à la foi, sont à observer telles qu'elles nous ont été livrées par les ancêtres (2). — Nul doute que, par les traditions ecclésiastiques, le concile ne veuille désigner les coutumes anciennes des églises, comme l'indique l'intitulé même du chapitre.

En 1549, le concile de Strasbourg est encore plus explicite. Son chapitre quatorzième est, en effet, consacré aux antiques rites, coutumes, traditions, cérémonies de l'Eglise. *De antiquis ecclesiæ ritibus, consuetudinibus, traditionibus, ceremoniis* : « Il faut savoir, déclare-t-il, que l'autorité de la coutume n'est ni vulgaire ni petite, tant dans les églises que dans les constitutions ecclésiastiques et les rites à observer; aussi ne faut-il pas témérairement supprimer, ou changer, ou enfreindre les coutumes, mais il convient de les respecter et de les observer avec piété, car elles ont la force et l'autorité de la loi ». — Et, après une déclaration aussi nette, le concile prend soin de préciser le rôle de la coutume comparée à la Tradition, de façon à justifier le respect dû aux coutumes anciennes. « Tout n'a pas été écrit par les Apôtres; mais, comme le dit saint Paul, les Apôtres ont transmis et institué beaucoup de choses dans l'Eglise, et ces choses sont ensuite passées d'église à église, d'évêque à évêque par succession régulière et comme par la main; enfin, elles ont été promulguées, confirmées et corroborées grâce au concours de la longue et universelle coutume ». — C'est dire que la coutume est la gardienne et la continuatrice de la Tradition. Le concile de Strasbourg cite d'ailleurs avec abondance les Pères de l'Eglise. Ce n'est pas cependant qu'il ignore que la coutume puisse devenir abusive, mais, même en ce cas, il faut agir avec circonspection pour supprimer les abus introduits sous la protection de la coutume : « Il y a, dit-il, un quatrième genre de traditions qui n'a d'appui et d'approbation, ni dans la sainte Ecriture,

(1) Concilium Senonense contra Lutheranorum hereses, an. 1527 et 1528. *Decreta fidei*, § 5. *Conciles Hardouin*, t. IX, col. 1937. Ce concile de Sens pourrait être plus justement appelé Concile de Paris, puisque c'est à Paris qu'il s'est tenu, sous la présidence du cardinal Antoine du Prat, archevêque de Sens.

(2) *Synodus Coloniensis provincialis*, an. 1536. Pars nona, c. 1, Mansi, t. XXXII, col. 1271.

ni dans les conciles, ni dans la coutume de l'Eglise universelle; ces traditions varient à l'infini selon les diverses pratiques des différents lieux. Or, en faveur de ces observances, non seulement on ne peut apporter aucune raison d'utilité, mais encore on ne peut invoquer ou découvrir aucun motif. De ces traditions il faut penser que, partout où cela est possible, il faut les supprimer et les abolir : toutefois cela doit se faire, non pas par la foule ou par le peuple, mais par l'autorité de l'Ordinaire et avec une telle modération qu'on tienne compte, pour cette suppression, et de la tranquillité publique, et de toutes les autres circonstances pesées avec sagesse et prudence. Aussi bien, s'il est nécessaire, surtout dans le moment présent, d'expliquer au peuple le sens des traditions, des constitutions, des rites et des cérémonies, il faut veiller avec soin à ce que ces explications ne soient fournies qu'autant que cela convient pour exciter et nourrir la piété. Nous ne voulons pas, en effet, que cette constitution soit interprétée dans un sens qui prête à penser qu'il convient de dévoiler tous les mystères les plus secrets de l'Eglise, de révéler leurs causes les plus cachées et d'en faire un exposé complet et ordonné. Il faut se rappeler en effet que ce dont on se sert souvent est exposé à être méprisé, tout comme ce que l'on connaît à fond, tandis que les choses ignorées ou à usage réservé inspirent tout ensemble l'admiration, la curiosité et la vénération ». — En vérité le concile de Strasbourg voudrait remettre en honneur quelque chose de la discipline du secret de la primitive Eglise (1).

En cette même année 1549, un concile de Trèves prescrit, non seulement d'entourer du respect même accordé aux Saintes Ecritures les traditions et coutumes universelles, particulièrement celles qui sont considérées comme provenant soit des Apôtres soit des conciles généraux, mais encore il ordonne que les traditions et coutumes, qui varient selon les lieux ou les régions du diocèse et de la province, soient observées, par chacun, en vue de la bonne orientation des mœurs et de la propagation de la foi (2).

En 1564, un concile de Reims condamne cependant une pratique abusive qui s'est introduite dans la région, et en vertu de laquelle certains moines circulaient de lieu en lieu, pour faire honorer des reliques. Cette coutume de transporter ainsi les reliques n'est point nouvelle, il est vrai, déclare le concile; mais elle a toujours été considérée par les gens de bien comme corruptrice : aussi convient-il que ces transporteurs de reliques soient condamnés et tout à fait pourchassés. — Ce n'est pas d'ailleurs que le concile de Reims condamne les coutumes d'une façon

(1) *Concilia Germaniæ*, t. VI. Argentinensis, 1549, synodi diocesanae, cap. XIV.

(2) *Synodus Trevirensis provincialis*, an., 1549. Mansi, t. XXXII, col. 1442.

générale; loin de là; il exige simplement qu'on en revienne à l'ancienne discipline (1).

Aussi bien, en 1569, le concile de Salzbourg rappelle-t-il la force et l'autorité considérables dont jouit dans l'Eglise la coutume raisonnable : « Certains se sont efforcés de jeter ces temps-ci le discrédit sur les pieuses coutumes des fidèles...; nous ordonnons donc et prescrivons, avec plus d'insistance, qu'on n'omette en aucune façon dans l'avenir les coutumes pieuses et chrétiennes, qui sont d'une façon habituelle observées avec respect, à jour et à date fixes, et depuis longtemps dans notre province : ces coutumes concernent, soit les fêtes, les jeûnes, les bénédictions, les prières, les pèlerinages, les cantiques, les anniversaires, soit la représentation des faits et gestes du Christ notre Sauveur (2) ».

Enfin, en 1584, le Concile de Bourges, dans son canon 3, donne l'ordre d'observer toutes les traditions approuvées par la louable et antique coutume : *Traditiones omnes diocesane, laudabili et antiqua consuetudine comprobatae, servantur* (3).

Un si grand nombre d'ordonnances synodales, portant toutes sur un même objet, montrent jusqu'à l'évidence combien est âpre la lutte engagée par l'Eglise pour maintenir, contre les tendances des Réformateurs, le respect de la Tradition d'une part, le culte des traditions et des coutumes d'autre part. — Il est d'ailleurs à remarquer que ces ordonnances reproduisent la confusion commise par les Pères de l'Eglise eux-mêmes entre la tradition et la coutume. Cela tient à ce que la Doctrine n'a pas encore défini avec exactitude que le consentement du supérieur est indispensable pour conférer force juridique à la coutume; dès lors, les évêques ont recours aux locutions consacrées par l'usage pour exprimer cette vérité indéniable, à savoir que la coutume ne peut obtenir droit de cité dans l'Eglise qu'autant qu'elle est conforme à l'enseignement du Christ et de ses représentants et successeurs légitimes.

Le XVII^e siècle n'apporte donc aucun enrichissement véritable à la théorie de la coutume dans le droit canonique (4). Aussi bien, cette

(1) « Faciendum itaque decretum quo pristina restituatur disciplina », *Concilia novissima Galliae a tempore concilii Tridentini celebrata*, opera Ludovici Odespuni, presbyteri Turonensis, Parisiis, 1646. *Concilium Remense*, anno 1564. VII Congregatio, p. 25 et 27.

(2) *Concilia Germaniae*, t. VII, p. 239. Constitutiones et Decreta in provinciali synodo Salisburgensi condita anno 1569, § de consuetudine.

(3) *Concilia novissima Galliae*, concilium Bituricense anno 1584, tit. XVII, can. 3, p. 409.

(4) Quoique Cujas (1522-1590) n'ait professé que le Droit civil, il convient de citer en note ce qu'il a dit de la façon dont s'établissait la preuve de la coutume; les mêmes règles s'appliquaient, en effet, sur ce point à la preuve de la coutume en droit ecclésiastique. « C'est à celui qui s'appuie sur la coutume de fournir la preuve de son exis-

théorie est-elle apparue comme constituée dans ses grandes lignes dès le ^{xiv}^e siècle, et a-t-elle commencé à se christianiser dans le courant du ^{xv}^e siècle. Ce mouvement de christianisation s'accroîtra au cours du ^{xvii}^e siècle.

tence. Il fera la preuve de la coutume, soit par des témoins, soit en invoquant les choses déjà jugées. — Si c'est par témoins qu'il établit la preuve, ce n'est pas, un par un, que seront interrogés les gens de la cité ou de la province; mais on interrogera par trois fois ou les curies ou les centuries ou les groupements par quartiers : *et testibus, non rogatis quidem singulis civibus vel provincialibus, sed ut fit per tribus aut curias aut centurias aut vicos interrogatione corrente*. — Si c'est en invoquant les choses déjà jugées qu'il établit la preuve, il montrera d'abord, que l'existence de la coutume a été mise en doute au cours d'un jugement, l'une des parties affirmant son existence, l'autre le niant par l'intermédiaire d'un contradicteur sérieux et non illusoire; puis, que le juge a confirmé la coutume qui déjà avait prévalu. Dans la suite, on opposera ce jugement à quiconque contredirait la coutume et tendrait à la considérer comme sans valeur et méprisable en s'opposant à elle. — Il faut d'ailleurs remarquer que la sentence du juge ne crée pas la coutume. mais constate son existence : le juge en effet ne peut pas plus donner naissance à une coutume qui n'existerait pas, qu'il ne peut par sentence établir une servitude; dans l'un comme dans l'autre cas, il déclare ce qui existe. Ils se trompent donc, à mon avis, ajoute Cujas, ceux qui pensent que deux sentences judiciaires, prononcées semblablement dans un même ordre d'affaires, créent une coutume; car la coutume ne doit pas être confondue avec les choses jugées; ce ne sont pas les sentences rendues qui introduisent la coutume, mais bien le consentement tacite du peuple appuyé sur un usage fréquent, assidu et ancien. Aussi les choses jugées n'obtiennent-elles pas force de loi s'il n'y a que deux sentences semblables; il faudrait un plus grand nombre de sentences prononcées d'une façon suivie et continue » (Opera Jacobi Cujacii, *Aureliæ Allobrogum*, 1609; 4 tomes en un vol., Bibl. nat. F. 1182; voir le 4^e tome, col. 481 : Jacobi Cujacii, *Observationum*, liber XX, c. 1, de longa consuetudine).

CHAPITRE V

LA THÉORIE DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DURANT LE XVII^e SIÈCLE

« Canonisation » de la théorie de la coutume.

Suarez (1548-1617). — Del Vaulx (1569-1636).

Deux noms illustrent le xvii^e siècle au point de vue de la coutume : ceux de Suarez et de Del Vaulx. Mais la théorie de la coutume dans le droit canonique doit beaucoup plus au théologien espagnol qu'au professeur de Louvain, comme il ressortira de l'exposé de leur enseignement.

Suarez (1) a consacré un livre entier, le septième, de son traité sur les Lois, « de Legibus », à la loi non écrite qui a pour nom la coutume : *de lege non scripta quæ consuetudo appellatur* (2). Suarez, il est vrai, ne parle pas en canoniste, mais en théologien. Par ailleurs, il étudie la coutume en général, et non la coutume dans le droit canonique. Néanmoins, les quatre-vingts colonnes in-4^o d'un texte latin très serré qu'il consacre à la coutume permettent de se faire une idée exacte de la théorie de la coutume dans le droit canonique au xvii^e siècle. Pour atteindre ce but,

(1) Suarez, né en 1548, est mort en 1617 : il appartient donc au dernier quart du xvi^e siècle et au premier quart du xvii^e siècle ; il entra dans la Compagnie de Jésus dont il devint l'un des théologiens les plus célèbres, sinon le plus célèbre. Son traité *sur les Lois, de Legibus*, est universellement connu et estimé. Il fait partie des vingt-six volumes in-folio des œuvres de ce savant, œuvres dans lesquelles le droit canonique n'occupe qu'une place secondaire. — Mais, bien que la plupart de ses ouvrages aient pour objet la théologie, Suarez s'est révélé par ce traité *de Legibus* comme un Maître dans l'étude des questions juridiques, au jugement des meilleurs critiques. — On doit encore mentionner le traité *de Religione* du même auteur ainsi que la *Defensio fidei catholicæ adversus anglicanam sectam*, Conimbre, 1613, ouvrage solennellement condamné par le Parlement de Paris en 1614.

(2) C'est à ce livre VII que renverront les citations qui seront extraites de Suarez ainsi que les numéros des chapitres et paragraphes qui seront indiqués dans le cours de cette étude. L'édition dont on s'est servi est la suivante : *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore, auctore Francisco Suarez, Neapoli*, 1871, 2 tomes in-4^o. Le livre VII qui parle de la coutume se trouve être dans le second tome, p. 261 à 341.

il suffit, d'une part, de ne tenir compte dans l'œuvre du théologien que de ce qui peut s'appliquer à la coutume ecclésiastique, et, d'autre part, de négliger le point de vue proprement moral pour n'envisager que le point de vue strictement juridique.

Suarez divise son livre sur la coutume en quatre grandes parties qu'il importe de parcourir rapidement avec lui. Successivement il étudie : 1^o la notion et les divisions de la coutume; 2^o les conditions et les causes de la coutume; 3^o les effets de la coutume; 4^o les modes d'abrogation de la coutume.

1^o Notion et division de la coutume.

A. — Notion de la coutume.

Suarez analyse avec soin la notion de la coutume et, après avoir fait sienne la définition d'Isidore, il précise, d'une façon lumineuse, la distinction déjà indiquée avant lui entre la coutume de fait et la coutume de droit. La coutume de fait, dit-il, se rapproche tant du simple usage que des mœurs : l'usage c'est la simple fréquence des actes; *Usus significat similium actuum frequentiam*; les mœurs c'est la répétition fréquente et continue des mêmes actes moraux et humains pendant un certain temps : *Mos ergo proprie dictus nihil aliud est quam frequentia seu continuatio similium actuum moralium et humanorum per aliquod tempus*. On ne parle de mœurs que lorsqu'on envisage l'ensemble des actes moraux répétés, tandis que le mot *usage* s'applique aussi bien à l'ensemble des actes qu'à chacun d'eux considéré un à un : *usus tam de frequentia actuum quam de singulis actibus dici potest; mos autem non dicitur de uno actu, sed de frequentia actuum similium*. La coutume de fait n'est donc autre chose que la répétition des mêmes actes posés librement. Mais de cette répétition des actes peut naître et naît souvent une obligation qui force à agir de telle façon déterminée, et non d'une autre, parfois même en supprimant une obligation jusqu'alors existante. On a alors la coutume de droit qui naît de la coutume de fait, laquelle repose sur les mœurs et sur l'usage. Seule la coutume de droit a une valeur juridique; seule elle crée des droits, non pas des droits particuliers ou restreints, comme le fait la prescription, mais des droits acquis pour tous et opposables à tous. C'est d'ailleurs la coutume de droit qui, seule, est définie par Isidore : « un droit établi par les mœurs et reçu comme loi quand la loi fait défaut, *consuetudo est jus quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur cum deficit lex* (Suarez, l. c., ch. I, n. 2 et 3). — Il faut retenir la distinction si bien mise en relief par Suarez entre la coutume de fait et la coutume de droit; car elle est de nature à faciliter la solution de nombreuses difficultés, bien qu'elle

n'ait été établie que postérieurement à la période où la coutume régnait en législatrice incontestée.

B. — *Division de la coutume.*

La coutume nettement définie, Suarez cherche à discerner les diverses espèces de coutumes : il propose trois divisions principales de la coutume.

Première division : la coutume peut porter, soit sur des choses : *circa res* (par exemple, sur les dîmes réelles), soit sur des personnes, *circa personas* (par exemple, sur les dîmes personnelles), soit sur des actions, *circa actiones* (par exemple, la coutume de jeûner et de prier). Seules les coutumes portant sur des actions constituent vraiment des coutumes.

Deuxième division : la coutume peut être universelle, ou simplement générale, ou particulière. Mais, seule, la coutume générale est une véritable coutume : car, d'une part, une coutume universelle qui existerait dans l'Église, — seule l'Église est une société universelle, — vaudrait comme loi et ne serait plus une coutume proprement dite; et, d'autre part, les particuliers et les communautés imparfaites, ne jouissant pas du pouvoir de faire des lois, ne peuvent introduire de coutumes juridiquement valables.

Troisième division : la coutume est, ou conforme à la loi, *secundum legem*, ou en dehors de la loi, *præter legem*, ou contraire à la loi, *contra legem*. Suarez insiste sur cette troisième division, en l'appliquant à la coutume successivement considérée dans ses rapports avec la loi naturelle, avec la loi divine positive, avec la loi simplement humaine. — En ce qui concerne le droit naturel, la coutume ne peut exercer aucune action sur lui, à moins qu'on ne fasse rentrer le droit des gens, *jus gentium*, dans le droit naturel; en cette hypothèse, certaines prescriptions du droit des gens pourraient être abrogées dans une nation particulière par une coutume contraire qui y aurait prévalu. Détail curieux : Suarez note à ce propos que, dans l'Église, le jeûne du carême peut être considéré comme une ordonnance d'un quasi droit des gens, et aussi, que la coutume a parfois introduit quelques modifications dans l'observance du jeûne quadragésimal (*l. c.*, ch. IV, n. 4), au moins en ce qui regarde les premiers jours du carême. — En ce qui concerne la loi divine positive, seules les coutumes en dehors de la loi, *præter legem*, peuvent s'établir au nom du droit coutumier; car, d'une part, les coutumes conformes à la loi, *secundum legem*, procèdent de la loi écrite elle-même et n'ont de valeur qu'en raison de cette loi, et, d'autre part, aucune coutume contraire à la loi divine positive, *contra legem*, ne peut s'établir légitimement; mais, si une coutume en dehors de la loi divine, *præter legem*, s'introduit indépendamment de toute loi écrite, elle est, par elle-même.

capable de créer un droit non écrit proprement coutumier, grâce au facile consentement tant du peuple que des prélats ou des souverains; c'est même de cette façon que se sont introduites dans l'Église les traditions observées dans toute la chrétienté et dont, ni le Christ, ni les Apôtres n'ont formulé l'ordre en termes catégoriques: telles sont les traditions qui veulent que les laïques ne communient que sous une seule espèce et que les enfants soient baptisés (*l. c.*, ch. IV, n. 8). — En ce qui concerne la loi humaine, soit ecclésiastique, soit civile, la seule question douteuse est celle de savoir s'il y a des coutumes conformes à la loi, *secundum legem*. Or Suarez adopte l'opinion négative: il n'y a pas, pense-t-il, de coutumes conformes à la loi, *secundum legem*, qui soient à proprement parler créatrices de droit: ces coutumes ne sont que des coutumes de fait; telles sont les coutumes qui prescrivent d'entendre la messe certains jours de fête ou de se confesser pendant le carême; de telles coutumes ne font que confirmer ou interpréter la loi; tout au plus, peuvent-elles étendre la portée immédiate de la loi, par extension des termes mêmes de la loi; mais elles ne peuvent constituer un droit coutumier proprement dit, qui aurait force par lui-même indépendamment de toute loi écrite. Seules donc les coutumes en dehors de la loi, *præter legem*, ou contraires à la loi, *contra legem*, constituent le droit coutumier dans sa véritable essence (*l. c.*, ch. IV, n. 10) (1).

2^o Conditions et causes de la coutume.

A. — Conditions de la coutume.

Après avoir si catégoriquement détaché le droit coutumier du droit écrit, la coutume de la loi, Suarez examine les conditions qu'une coutume doit réaliser pour obtenir force juridique, soit en dehors des lois

(1) Suarez propose encore deux autres divisions de la coutume: 1^o selon la matière sur laquelle elle porte, la coutume est ou canonique ou civile; 2^o selon la façon dont elle oblige, elle est, ou positive et exige l'accomplissement d'actes déterminés, ou privative et négative et ordonne le non usage ou l'omission de certains actes. Ces divisions n'ont pas besoin de commentaires. — De même encore, Suarez s'applique à distinguer la coutume du *style*, du *rite*, du *forum*, et pour chacune de ces notions, il sépare le droit du fait pour ne s'attacher qu'au droit: le *style* c'est l'obligation de se servir de certaines formules dans les jugements; le *rite* c'est l'obligation de remplir certains actes dans les choses spirituelles; le *forum* c'est l'obligation d'observer certaines clauses dans les contrats. La part de la coutume dans ces divers domaines est très relative; le droit écrit a souvent empiété sur l'usage, encore que ce soit l'usage qui ait primitivement introduit la solennité dans les jugements, les choses spirituelles et les contrats. — Il est important de constater que Suarez est le premier à employer couramment l'expression de droit coutumier, *jus consuetudinarium* en l'appliquant au droit canonique (*l. c.*, ch. 5).

existantes, *præter legem*, soit contrairement à ces mêmes lois, *contra legem*.

La première condition, pour qu'une coutume obtienne force juridique, c'est qu'elle soit raisonnable. Quand donc une coutume est-elle raisonnable? Quand ne l'est-elle pas? Grosse question que Suarez a, comme tous les juristes, beaucoup de peine à élucider. Il prend pour point de départ la définition de la rationalité donnée par Navarrus (1) : « est raisonnable la coutume qui, soit directement, soit indirectement, n'est ni contre la loi naturelle ni contre la loi divine; et, réciproquement, est non raisonnable la seule coutume, mais toute coutume, qui s'oppose directement ou indirectement à la loi naturelle ou à la loi divine, *rationabilem consuetudinem esse illam quæ non est contra legem naturalem, vel divinam directe, vel indirecte; et e converso, omnem et solam consuetudinem, quæ directe vel indirecte repugnat naturali legi, vel divinæ; esse irrationabilem* » (l. c., ch. VI, n. 5). — Mais cette définition Suarez ne l'accepte pas : car, d'une part, bien des coutumes sont non raisonnables, encore qu'elles ne s'opposent ni directement ni indirectement à la loi naturelle ou à aucune autre loi : telle serait la coutume qui tendrait à rendre obligatoire l'assistance quotidienne à la messe; elle pécherait par simple excès; et, d'autre part, les termes *directement* ou *indirectement* employés par Navarrus sont trop vagues. — Poussant plus loin sa critique, Suarez ose montrer que bien des coutumes pourraient être raisonnables, même si elles s'opposaient à quelque prescription édictée par la loi humaine, ecclésiastique ou civile; de même bien des pratiques non condamnées par la loi humaine, — laquelle ne peut tout dire, — pourraient néanmoins constituer des coutumes non raisonnables. — Un moment Suarez semble se rallier à l'opinion de Panormitanus, qui laisse au juge prudent le soin de déterminer si la coutume est raisonnable ou ne l'est pas, mais finalement il propose la solution suivante : étant donné que la coutume a pour effets principaux, ou d'obliger à poser des actes semblables, ou d'obliger à ne plus poser ces mêmes actes, non obstant la loi qui jusqu'alors les rendait obligatoires, la meilleure règle, pour discerner le caractère raisonnable ou non raisonnable de la coutume, paraît être, dès lors qu'on est en présence d'une coutume honnête par la matière, c'est-à-dire ne s'opposant ni à la loi

(1) Suarez cite très souvent Navarrus qui est un de ses maîtres préférés. Martinus ab Azpilcueta, appelé Navarrus, du nom de son pays d'origine, chanoine régulier de Saint-Augustin de la Congrégation de Roncevaux, étudia le droit à Toulouse et le professa dans cette ville, puis à Salamanque, à Coïmbre et à Cahors. Il passa les dernières années de sa vie à Rome où il mourut en 1586. Dans ses écrits qui forment trois volumes on remarque des *Consilia* sur presque tous les titres des Décrétales; il a aussi laissé des traités de théologie qui ont été très estimés (Tardif, *Droit can.*, p. 369).

divine ni à la loi naturelle, qu'on applique à la coutume les conditions exigées pour qu'une loi soit juste ou pour que sa révocation le soit. Toutes proportions gardées, la coutume sera raisonnable, si une loi similaire l'eût été; elle sera non raisonnable, si la loi imposant la même obligation n'eût pas été raisonnable (*l. c.*, ch. VI, n. 7 à 13).

Le grand défaut de la solution proposée par Suarez, c'est d'ouvrir un nouveau débat, afin de déterminer quelles sont les conditions qu'une loi doit réaliser pour être juste. Aussi bien Suarez ne rouvre-t-il pas ce débat pour le moment (1), il se contente d'ajouter que, seule, la loi qui condamne une coutume, en la qualifiant de non raisonnable, la réprouve totalement pour l'avenir, tandis que la loi qui abroge simplement une coutume n'a en vue que la coutume passée. Autrement dit, l'abrogation ne regarde que le passé; la prohibition regarde le passé et l'avenir tout comme la réprobation; mais la réprobation, qui censure une coutume comme non raisonnable, la condamne bien plus sévèrement : une coutume peut être prohibée parce qu'elle ne convient pas à un moment donné, et elle n'est pas pour cela condamnée à jamais, tandis qu'une coutume réprouvée comme non raisonnable l'est pour toujours (*l. c.*, ch. VII).

Il ne suffit pas d'ailleurs qu'une coutume soit raisonnable pour s'opposer victorieusement à la loi; *il faut aussi qu'elle soit légitimement prescrite*. — Ce n'est pas cependant que Suarez refuse de reconnaître l'existence d'une coutume juridiquement valable sans prescription : c'est même là l'un des points sur lesquels le théologien espagnol se sépare de ses devanciers du xiv^e siècle et se rapproche de Panormitanus. Une coutume peut obtenir force de loi sans être prescrite, déclare-t-il, mais à deux conditions : c'est d'abord qu'il s'agisse d'une coutume en dehors du droit, *præter jus*, et non d'une coutume contraire au droit; c'est ensuite que la coutume en dehors du droit, *præter jus*, sera connue et, partant, tolérée par le souverain : car c'est du consentement tacite et personnel de ce souverain qu'elle tire son autorité; *est illa quæ fit cum scientia et patientia principis; illa enim inducit jus... in vi personalis consensus principis* (*l. c.*, ch. VIII, n. 12). Hormis ce cas précis d'une coutume en dehors du droit introduite avec le consentement du souverain, toute coutume contraire au droit, *contra jus*, requiert, en plus de la fréquence des actes, une certaine durée pour devenir, de simple coutume de fait, une coutume de droit proprement dite. — Mais quelle durée de temps convient-il d'exiger? Suarez se le demande avec précision : tout d'abord, il rejette l'opinion qui laisse au libre jugement de l'homme prudent le soin de déterminer, pour chaque cas particulier, la durée que doit avoir

(1) C'est dans le premier livre de son traité de *Legibus* que Suarez étudie les conditions que toute loi vraiment digne de ce nom doit réaliser.

telle pratique pour acquérir force juridique; puis, il déclare que les textes des droits, tant canonique que civil, s'accordent pour exiger, au moins implicitement, que l'usage ait un minimum de dix ans d'existence pour être prescrit. Il faut en effet un temps long selon les textes; or un temps long, c'est dix ans, affirme Suarez, tout comme un temps très long, c'est vingt ans. L'usage qui aura donc dix ans d'existence sera dès lors considéré comme prescrit, pourvu qu'il y ait eu continuité dans l'usage, c'est-à-dire pourvu que l'usage n'ait pas été interrompu par un acte contraire, car un seul acte contraire suffirait à supprimer le consentement général du peuple ou le consentement tacite du souverain. — En résumé, Suarez semble sévère; et cependant, il l'est moins que Panormitanus; car, si, d'une part, il déclare avec Panormitanus qu'il peut y avoir coutume valable sans prescription aucune, dans le cas de coutume en dehors de la loi, *præter legem*, d'autre part, il n'exige, à l'opposé de Panormitanus, que dix ans, et non pas quarante ans, pour qu'une coutume contraire à la loi, *contra legem*, acquière force juridique (I. c., ch. VIII, n. 5 à 11).

B. — Causes de la coutume (1).

Suarez d'ailleurs se rapproche davantage du canoniste du xv^e siècle quand il étudie les causes de la coutume, mais c'est pour le dépasser en orthodoxie et en logique. C'est en effet dans l'étude de la cause efficiente de la coutume que Suarez se montre de beaucoup le plus personnel. Tandis que Panormitanus n'avait parlé qu'incidemment de l'autorité du pape permettant, au point que cette intervention permissive du souverain pontife constituait, dans l'exposé de l'archevêque de Palerme, une donnée hors cadre et une quasi-contradiction, le théologien espagnol, lui, fait du consentement du souverain la principale cause efficiente de la coutume, au point que les autres éléments qui constituent cette même cause efficiente deviennent, sinon accessoires, du moins secondaires.

Suarez distingue, tout d'abord, une double cause efficiente de la coutume : « Nous pouvons distinguer une double cause efficiente, dit-il, à savoir une cause prochaine et une cause primaire : la cause prochaine ce sont les hommes eux-mêmes qui introduisent la coutume; ceux-ci en effet prennent l'initiative de l'usage, et ils perpétuent sa mise en action par leurs manières de faire; c'est de cette façon qu'ils se rendent cause efficiente. Quant à la cause primaire c'est l'autorité supérieure,

(1) Suarez distingue quatre causes de la coutume : la cause matérielle, la cause formelle, la cause finale, la cause efficiente; mais il n'insiste vraiment que sur cette dernière, puisqu'il s'applique à montrer que, à proprement parler, la coutume a la même matière, la même forme et la même fin que la loi elle-même (I. c., ch. IX, n. 1).

c'est-à-dire le souverain, du moins dans le cas où l'intervention de ce dernier est nécessaire pour donner force à la coutume. Aussi, si la première cause est dite cause prochaine, c'est surtout en considérant la coutume de fait; car c'est cette coutume de fait qui est premièrement et immédiatement établie par les manières de faire des hommes. Par contre, le souverain est la cause principale de la coutume de droit; en un sens, il peut même être dit la cause immédiate de ce droit, cause immédiate par sa vertu, encore qu'elle ne soit pas prochaine si on considère la personne même qui a posé l'acte d'une façon immédiate » (*l. c.*, ch. IX, n. 2) (1). Ainsi donc, pour Suarez la cause efficiente prochaine de la coutume, c'est le peuple; mais sa cause efficiente primaire, c'est le souverain; et Suarez arrête son attention: a) sur la cause efficiente prochaine, avant de la fixer b) sur la cause efficiente primaire de la coutume.

a) Cause efficiente prochaine.

Trois éléments sont à considérer successivement dans la cause efficiente prochaine, dit-il : en premier lieu, la personne qui opère, *persona operans*; cette personne ne peut être qu'une communauté parfaite, c'est-à-dire une collectivité capable d'exercer le pouvoir législatif ou, tout au moins, apte à être l'objet d'une loi proprement dite, et non pas simplement d'un précepte; en second lieu, il faut considérer l'œuvre extérieure ou la fréquence des actes, *exterior operatio seu operandi frequentia*; cette œuvre doit consister dans des actes fréquemment reproduits en public et posés intentionnellement; mais aucun nombre d'actes n'est strictement requis; c'est à l'homme sage de déclarer si la fréquence des actes est ou n'est pas réalisée, et, par ailleurs, aucun jugement, contradictoire ou autre (2), n'est exigible pour introduire valablement une coutume; il suffit que les actes aient été répétés fréquemment; en troisième lieu, il faut considérer la volonté intérieure ou le consentement, *et interior voluntas seu consensus*. Les actes qui introduisent la coutume doivent être nécessairement volontaires, c'est-à-dire posés sciemment,

(1) Possumus... duplicem causam efficientem distinguere, scilicet proximam et primariam... Proximam voco ipsos homines consuetudinem introducentes : illi enim inchoant usum, et illum continuant operando, ac subinde efficiendo. Primariam vero appello superiorem potestatem seu principem, si forte influxus ejus necessarius est ad vim consuetudinis. Unde prior causa vocatur proxima, præsertim quoad consuetudinem facti; nam illam per se primo et immediate operatur. Princeps vero erit præcipua causa juris consuetudinis, et dici poterit immediata immediatione virtutis, licet non sit proxima immediatione suppositi... (*l. c.*, ch. IX, n. 2).

(2) Suarez se prononce catégoriquement contre la prétendue nécessité d'un jugement contradictoire; il propose même d'introduire dans le texte de la loi 34, cum de consuetudine, *Dig.*, de legibus senatusq., I, 3, une correction, ou plutôt une négation, qui en changerait totalement le sens (*l. c.*, ch. XI, per totum et præsertim, n. 4).

en connaissance de cause, sans erreur (1), et non sous l'empire de la violence ou même d'une crainte grave; car les actes qui introduisent la coutume doivent manifester le consentement du peuple : *actus consuetudinis non inducunt illam, nisi ratione consensus populi qui per illos inducatur*. Autant dire que c'est le consentement qui est l'élément le plus important dans l'introduction de la coutume (*l. c.*, ch. IX, n. 2-9).

Mais qu'on ne s'y trompe pas cependant. Le consentement du peuple, si nécessaire qu'il puisse paraître, ne saurait suffire à introduire efficacement une coutume dans l'Église : le consentement du souverain est en effet indispensable dans la théorie du théologien espagnol. Si le consentement du peuple introduit la coutume de fait, seul celui du souverain peut introduire la coutume de droit. Suarez n'est plus, comme Panormitanus, pour les demi-solutions, ni pour les affirmations non harmonieusement fondues entre elles; il prend position, et cela, de telle façon qu'il ne craindra pas d'établir bientôt un parallèle entre le consentement du peuple d'une part, et le consentement du souverain d'autre part, et de leur assigner à l'un et à l'autre leur place respective : au consentement du peuple, jusqu'ici souverain et principal, une place secondaire et de vassal; au consentement du souverain, jusqu'ici non théoriquement requis, mais simplement exigé en fait, la place prépondérante et essentielle. Une telle évolution mérite un examen approfondi.

b) Cause efficiente primaire : du consentement du souverain.

C'est le chapitre treizième du livre VII de son traité que Suarez consacre à l'étude spéciale du consentement du souverain. Il y résout deux questions d'une importance exceptionnelle pour la théorie de la coutume dans le droit en général et dans le droit canonique en particulier : *en premier lieu, le consentement du souverain est-il requis pour qu'une cou-*

(1) Suarez n'admet pas qu'une coutume de droit puisse reposer sur une erreur (seule une coutume de fait peut s'établir sur l'équivoque d'une erreur); car l'erreur supprime nécessairement l'intention de créer un droit nouveau dans la pensée de ceux qui agissent. Suarez va même plus loin et déclare que la loi 39, *quod non ratione. Dig., de legibus senatusq.*, I, 3, ne peut pas signifier que la coutume, qui a l'erreur pour origine, vaut pour le cas donné, mais non pour les cas semblables. La loi 39 ne concerne, dit-il, que la prescription, et non la coutume de droit; la prescription peut en effet valoir sans titre et par erreur, du moment que la bonne foi préside à sa naissance et à son évolution; mais il n'en est pas ainsi pour la coutume. Le texte de la loi 39 signifierait donc ceci : ce qui est permis à quelqu'un, en raison d'une coutume (de fait) prescrite de bonne foi, même si la coutume a été introduite sans raison et par erreur, cela ne peut être usurpé par les autres, fussent-ils apparemment égaux et semblables en droit à celui qui a prescrit de bonne foi. Suarez ajoute que le fait que la loi 39 se trouve contenue sous le titre *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* n'empêche nullement d'entendre ce texte de la coutume de fait, et non de la coutume de droit (*l. c.*, ch. XII, n. 5).

tume de fait devienne une coutume de droit? *En second lieu, quelle doit être la nature du consentement donné par le souverain, si ce consentement est requis?*

A la première question, *le consentement du souverain est-il requis* pour qu'une coutume acquière force juridique? Suarez répond affirmativement : oui, ce consentement est nécessaire; c'est l'opinion commune parmi les docteurs, à l'exception de quelques-uns seulement, et ce consentement est la principale cause efficiente du droit coutumier : en ce chapitre treizième, déclare-t-il expressément, c'est de l'explication de la principale cause efficiente du droit coutumier qu'il s'agit; *in hoc capite explicanda est præcipua causa efficiens consuetudinarii juris* (l. c., ch. XIII, n. 1).

Pour prouver son assertion, Suarez passe en revue les diverses formes de gouvernement : les républiques, les monarchies tempérées et les monarchies absolues.

Dans les républiques, dit-il, le peuple est le souverain : c'est lui qui a autorité pour créer les lois; tout au moins en est-il ainsi dans les républiques qui ne reconnaissent aucun chef au point de vue temporel. Dans de telles républiques, il semblerait, à première vue, que le consentement du souverain ne soit nullement nécessaire pour l'introduction du droit coutumier. Cela est vrai d'ailleurs. Mais, quoique ce consentement ne puisse pas être dit nécessaire dans cette hypothèse, il existe néanmoins, remarque Suarez : car alors le souverain, c'est la république dans son ensemble; dès lors, si le peuple donne son consentement à une coutume, le souverain le donne par le fait même, puisqu'il se confond avec l'universalité du peuple. Et si, par hasard, le pouvoir souverain est confié dans une république à un sénat, et qu'il y ait désaccord entre les sénateurs, il faudra que la majeure partie du sénat observe la coutume; mais, dès que cette condition sera réalisée, le consentement du souverain sera comme implicitement donné. Contrairement donc à ce qui semblerait à première vue, le consentement du souverain existe, équivalement, dans le cas où les coutumes sont supposées introduites valablement parmi des peuples qui vivent sous la forme républicaine (l. c., ch. XIII, n. 1). A fortiori, ce consentement du souverain est-il indispensable dans les monarchies, soit tempérées, soit absolues.

Les monarchies tempérées, poursuit Suarez, se caractérisent par le fait que le peuple, tout en reconnaissant un souverain, reçoit de ce souverain le pouvoir de faire des lois ou des statuts municipaux. C'était le cas des nombreuses cités dans l'antiquité, cités auxquelles fait allusion la loi 9, omnes populi du *Dig.*, de justitia et jure, I, 1. Nul doute que, dans cette hypothèse, le peuple qui a le pouvoir de faire des lois écrites ait de même le pouvoir d'introduire des coutumes, comme le dit la loi 32, de quibus, *Dig.*, de legibus senatus, I, 3. Dès lors, de même

que le peuple peut établir des lois sans un nouveau consentement du souverain, de même il peut établir des coutumes sans nouveau consentement du souverain. Ce n'est pas à dire toutefois que le consentement du souverain fasse alors défaut; car la délégation, que le souverain a donnée une fois pour toutes au peuple, équivaut à un consentement permanent. Inutile donc que le souverain ait connaissance spéciale de chacune des coutumes qui s'introduisent dans les diverses cités : car, abstraction faite de cette connaissance, le souverain a donné son consentement à ces coutumes d'une manière anticipée, quand il a concédé au peuple la possibilité de s'obliger à agir de telle ou telle façon, lorsque il jugerait bon de le faire sous une forme ou sous une autre. Dans une seule hypothèse un nouveau consentement du souverain serait requis; cette hypothèse se vérifierait, si le souverain n'avait accordé au peuple le pouvoir de faire des lois qu'à condition que ces lois seraient confirmées par lui; alors, mais alors seulement, une coutume ne pourrait, elle aussi, acquérir force juridique qu'après confirmation nouvelle du supérieur, donc qu'après nouveau consentement du souverain (*l. c.*, ch. XIII, n. 2).

Si maintenant on étudie le cas que constituent les monarchies absolues, dans ces monarchies, observe Suarez, le peuple n'a plus aucun droit de légiférer; il n'a même plus celui d'établir des lois municipales; toutes les lois émanent, ou du prince souverain, ou tout au moins des chefs secondaires ou des pasteurs. C'est le cas, et de l'Église universelle vis-à-vis du souverain pontife, et des églises particulières vis-à-vis de leurs propres pasteurs : dans l'Église, en effet, le peuple n'a aucun pouvoir pour porter des lois canoniques, et le clergé n'a pas davantage ce pouvoir, à moins d'être uni à son chef. Or beaucoup de peuples laïques sont dans une situation analogue vis-à-vis de leurs souverains. Eh bien! dans de telles monarchies aucune coutume ne peut être introduite sans la volonté spéciale, au moins tacite, du souverain; et cette volonté, qui constitue le consentement dit personnel, suppose tout à la fois, et que le souverain a connaissance de cette coutume, et aussi qu'il la tolère. Ce consentement personnel, la glose du chapitre *Quum tanto* du titre *de la Coutume* dans les Décrétales de Grégoire IX l'exige; beaucoup d'auteurs font de même : Panormitanus, Innocent (sans doute Innocent IV), Grégoire Lop. (1), Saint Thomas, Soto (2), Silvestre (3),

(1) Peut-être Lopes ou Lopès dont Phillips (p. 440) cite le traité : *De vera IV patriarchalium sedium serie, ac earundem proprie inter se æqualitate*, Romæ, 1600, in-4°.

(2) Dominicus Soto est indiqué par Phillips (p. 390 et 406) comme auteur d'un traité de *Justitia et Jure*, Salmanticæ, 1556, in-fol. et d'une étude de *Potestate ecclesiastica et exemptione clericorum*.

(3) Vraisemblablement Silvestre de Prierio en Savoie, né vers 1460, qui fut professeur à Bologne, puis à Padoue, après être entré chez les Dominicains. Il serait mort en 1523. On a de lui une *Summa summarum*, dite *Silvestrina* (Schulte, II, p. 455).

Dried. (1), Angel. (2). Et Suarez donne les références qui justifient ses affirmations (*l. c.*, ch. XIII, n. 3.)

Cette doctrine, qui déclare nécessaire le consentement personnel du souverain pour qu'une coutume acquière force de loi, repose sur des fondements solides, ajoute Suarez : elle repose, d'abord, sur la raison invoquée par la loi 32, de quibus, du *Digeste*, de legibus senatusq., I, 3, à savoir que la coutume tire sa force du consentement du peuple qui a le pouvoir de créer les lois et de les rendre juridiquement valables; la force primitive de la coutume résidait donc dans le peuple alors qu'il avait l'autorité souveraine; mais, depuis que le peuple a transféré cette autorité sur la personne d'un chef, la coutume tire principalement sa force du consentement de ce chef et, conséquemment, il est nécessaire que le souverain ait connaissance de cette coutume pour qu'il puisse lui donner son consentement. — Une seconde raison peut être apportée en faveur de cette doctrine : c'est que l'intervention du pouvoir législatif n'est pas moins nécessaire pour l'introduction du droit non écrit que pour celle du droit écrit. Or, dans les monarchies absolues, il n'y a aucun pouvoir législatif dans le peuple; car, ou bien le peuple n'a jamais eu cette puissance, ce qui est le cas dans l'Église; ou bien il a transféré cette puissance au souverain, ce qui est le cas pour les sociétés civiles : dès lors, il faut que celui qui a l'autorité donne force de loi à la coutume par un consentement de sa volonté; dans l'occurrence c'est le souverain, et lui seul, qui a cette autorité (*l. c.*, ch. XIII, n. 3).

Aussi bien Suarez réfute-t-il, avec sagesse, l'opinion de ceux qui voudraient que le consentement du souverain ne fut requis que pour les seules lois canoniques, et non pour les lois civiles, sous prétexte que jamais le peuple n'a eu dans l'Église le pouvoir de légiférer, tandis qu'il a eu ce pouvoir dans les sociétés civiles, au point même que, primitivement, c'était lui seul qui avait ce pouvoir. Ainsi pensent Ant. (3), Covarruvias (4) et Dried.. Cette distinction ne saurait être maintenue, déclare

(1) Driedo, né dans le Brabant vers 1480.

(2) Sans doute Angelus de Castro, qui enseignait à Padoue en 1443 et en 1458, et qui mourut en 1485; on a de lui un commentaire sur les Décrétales et un traité de *Appellationibus* (Schulte, II, p. 331).

(3) Probablement Agustino (Antonio), né à Saragosse, en 1517, qui étudia dans les Universités d'Alcala, de Salamanque, de Bologne et de Padoue; il fut nommé en 1576 archevêque de Tarragone, où il mourut en 1586. C'est un des plus éminents canonistes de la nouvelle école historique qui date de ce xvi^e siècle. Ses principales œuvres sont : *de emendatione Gratiani*, *de quibusdam veteribus can. eccles. collectionibus*; *notæ in capitula Angilramni*; *antiquæ collectiones Decretalium*; *canones penitentiales*.

(4) Covarruvias y Leyva (Didacus ou Diego), né à Tolède en 1512, étudia à Salamanque sous Navarrus et commença à professer le droit canonique dans cette ville en 1543. Evêque de Ségovie, il fut un des délégués de Philippe II au concile de Trente

Suarez; car, s'il est vrai que, primitivement, le pouvoir de faire des lois civiles ne résidait que dans le peuple, il est également vrai qu'il n'a plus joui de ce pouvoir dès le moment où il l'a eu transmis au souverain et, désormais, le souverain seul possède ce pouvoir, tout comme si le peuple ne l'avait jamais eu en partage (*l. c.*, ch. XIII, n. 4).

Ainsi donc, la coutume ne peut plus s'introduire chez aucun peuple, quelle que soit la forme de son gouvernement, et, à fortiori dans l'Église, que si le souverain donne son consentement à l'introduction de cette coutume.

Mais quelle doit être la nature de ce consentement, se demande en second lieu Suarez?

Pour répondre à cette seconde question, si exceptionnellement importante elle aussi, Suarez distingue le consentement personnel du consentement légal. — Le consentement est personnel, quand il est donné par le souverain en personne, ce qui peut se produire de trois façons : ou bien le souverain donne ce consentement en termes exprès; ou bien il octroie la permission d'introduire la coutume avant même que la coutume soit introduite; ou bien, postérieurement à l'introduction de la coutume, ou tout au moins au moment même où elle est introduite, il approuve la coutume, soit expressément, soit équivalentement, par exemple en la connaissant et en ne l'interdisant pas : *Nunc consensum duobus modis posse intelligi : unum voco personalem quia datur a persona principis, vel expresse consentientis, vel antecederiter dando licentiam ad introducendam consuetudinem, vel consequenter aut concomitanter approbando illam, aut expresse aut videndo et non impediendo*. — A l'opposé, le consentement est légal ou juridique, quand il n'est pas donné personnellement par le souverain, mais qu'il est donné par le souverain au moyen du droit lui-même : *Alium vocare possumus consensum legalem seu juridicum : quia non datur personaliter a principe, sed per ipsum jus*. Par exemple, le souverain a édicté une loi par laquelle il déclare que toute coutume qui réalisera telles et telles conditions aura force juridique; dès lors, le souverain donne son consentement à toutes les coutumes réalisant ces conditions, et les coutumes acquièrent leur valeur en raison du consentement que leur donne le souverain par le moyen de cette loi (*l. c.*, ch. XIII, n. 5).

Ces deux notions du consentement personnel et du consentement légal bien précisées, Suarez énonce deux propositions nouvelles qu'il va prouver l'une après l'autre : d'une part, le consentement personnel n'est pas nécessairement toujours requis, encore qu'il soit toujours suffisant;

et mourut en 1586 à Madrid. Le droit canonique tient la plus large place dans ses œuvres complètes (Genève, 1762, 5 vol. in-fol.). Ses principaux traités sont relatifs aux testaments, aux fiançailles et au mariage (Tardif, *Droit can.*, p. 349).

d'autre part, le consentement légal est tout au moins nécessaire, mais il suffit, car la loi parle toujours, et la volonté du souverain n'est pas moins efficace, quand elle se manifeste par l'intermédiaire d'une loi, que quand elle est directement et immédiatement exprimée par un acte de sa volonté ou par un ordre.

Tout d'abord, le consentement personnel n'est pas nécessairement requis dans tous les cas, encore qu'il soit toujours suffisant, reprend Suarez. En effet, dans le cas où c'est une coutume prescrite qui introduit le droit coutumier, le consentement personnel du souverain n'est pas requis, et il n'est même pas nécessaire que le souverain ait connaissance de cette coutume particulière : la coutume obtient alors force de loi, sans que le souverain ait à manifester sa volonté d'une façon tacite ou expresse. — C'est là l'opinion commune des juristes, comme l'atteste Pannormitanus, et comme l'indiquent la glose du *dictum Gratiani* § leges, post can. 5, in istis, dist. IV, et, aussi, la glose du c. 7, frustra, *Grat.*, dist. VIII.

Mais voyons les raisons qui légitiment cette affirmation, poursuit Suarez : la première raison pour laquelle le consentement personnel n'est pas requis, dans le cas où c'est une coutume prescrite qui introduit le droit coutumier, c'est que le chapitre 11, quum tanto, des *Décrétales* de Grégoire IX n'exige que deux conditions pour que la coutume ait force de loi, à savoir qu'elle soit raisonnable et prescrite. Dès lors, il serait sans fondement juridique et même contraire au droit d'exiger d'autres conditions. Or, ni la connaissance spéciale du souverain, ni son consentement personnel ne sont mentionnés dans ce chapitre 11 comme conditions de validité de la coutume. C'est donc qu'ils ne sont pas requis. — Par ailleurs, — et seconde raison, — le souverain a pu établir une loi par laquelle il approuve à l'avance toute coutume réunissant telles et telles conditions, et par laquelle il déclare que toute coutume, réunissant ces conditions, aura force juridique sans autre consentement de sa part, et sans même qu'il ait besoin de connaître chaque coutume en son espèce particulière. Une telle loi se justifierait parfaitement : car il est moralement impossible que le souverain ait connaissance de toutes les coutumes particulières (c. 1, licet Romanus, in-6°, de constitutionibus, I, 2); et cependant, il importe que toutes les coutumes raisonnables aient force de loi et soient observées. Or, cette loi, que le souverain peut porter et aurait raison de porter, il l'a précisément édictée : c'est le chapitre 11 du titre *de la Coutume* dans les *Décrétales* de Grégoire IX. — Enfin, — troisième raison, — pour que la prescription puisse produire son effet juridique, il n'est pas requis que celui contre qui on prescrit ait connaissance de cette prescription. Pourquoi donc, dans le cas où la coutume est prescrite, cas analogue à celui de la prescription proprement dite, exigerait-on que le souverain ait connaissance de la coutume qui prescrit contre lui (*l. c.*, ch. XIII, n. 6)?

Le consentement personnel du souverain ne saurait donc être légitimement et légalement requis pour qu'une coutume prescrite acquière force juridique, conclut Suarez, aussi bien quand il s'agit de coutume introductrice d'un droit nouveau que quand il s'agit de coutume abrogatrice d'un droit ancien : dans l'un et l'autre cas, le chapitre 11 n'exige en effet que les deux conditions déjà mentionnées; aussi l'opinion de ceux qui prétendent que le consentement personnel du souverain serait requis pour la coutume introductrice du droit, et non pas pour la coutume abrogatrice, manque-t-elle de fondement : car, d'une part, c'est la même puissance qui est requise pour introduire une loi et pour l'abroger, et, d'autre part, s'il fallait requérir le consentement personnel du souverain pour l'un des deux cas envisagés, ce serait plutôt pour la coutume abrogatrice que pour la coutume introductrice : il semble en effet qu'on s'oppose davantage à la volonté et à l'autorité du législateur, quand on bat en brèche une de ses prescriptions, que quand on légifère en une matière non encore réglée par lui. Or personne ne conteste que le consentement légal suffit pour qu'une coutume prescrite parvienne à abroger une loi; c'est donc que le même consentement suffit pour qu'une coutume prescrite introduise un droit nouveau.

Mais il en est tout autrement, reprend Suarez, dans le cas où la coutume n'est pas prescrite : en ce cas, c'est le consentement personnel du souverain, tout au moins son consentement tacite, qui est requis, et par conséquent, il faut que le souverain ait connaissance spéciale de la coutume. C'est qu'en effet, quand nous sommes en présence d'une coutume non prescrite, la coutume ne bénéficie plus du consentement légal qui n'est accordé que dans le cas où la coutume est tout à la fois, et raisonnable, et prescrite. Or le consentement du souverain, consentement soit légal soit personnel, est un élément indispensable pour la validité juridique de la coutume. Donc puisque, dans le cas de coutume non prescrite, le consentement légal ne joue plus, c'est le consentement personnel qui est requis, et, par le fait même, il est nécessaire que le souverain ait connaissance précise de la coutume : car il ne peut donner son consentement personnel que s'il connaît l'existence de la coutume (*l. c.*, ch. XIII, n. 8).

Néanmoins, en disant consentement personnel, ajoute Suarez, je ne veux pas dire consentement nécessairement donné d'une façon positive ou expresse. En dehors du consentement donné d'une façon expresse il en est, en effet, un autre qui s'appelle consentement tacite. Or le consentement tacite du souverain suffit, comme le déclare saint Thomas, même quand c'est le souverain pontife qui doit consentir. Le consentement tacite est en effet un véritable consentement, du moment qu'on a la certitude morale que la tolérance observée par le souverain n'est pas simplement permissive, mais bien opérante et approbative. Or

cette certitude morale s'acquiert en tenant compte tant des circonstances que de l'usage lui-même : si, par exemple, la coutume est raisonnable, ou encore si, en se contentant d'accorder une simple permission, le souverain ne pourvoyait pas suffisamment au salut de ses sujets; dans ces deux cas, on pourrait aisément conclure que le souverain ne se contente pas simplement de tolérer la coutume, mais qu'il l'approuve réellement encore que tacitement. Dans une seule hypothèse il conviendrait d'exiger un consentement formulé en termes exprès; c'est quand la coutume serait d'une gravité exceptionnelle ou porterait sur un droit très spécial. Mais, d'une manière générale, on peut affirmer que le consentement tacite du souverain suffit pour donner à une coutume non prescrite l'approbation nécessaire et lui conférer force de loi (*l. c.*, ch. XIII, n. 9).

Ainsi raisonne Suarez qui, tout théologien qu'il soit, peut être considéré comme le meilleur théoricien de la « canonisation » de la coutume, c'est-à-dire comme l'homme d'Eglise qui est le premier parvenu à concilier, d'une façon vraiment cohérente, les exigences du droit coutumier avec les canons de l'Eglise, et cela, en *définissant avec exactitude* que la coutume ne tient sa force juridique que du consentement du pape ou des évêques.

Est-ce à dire que le peuple n'ait plus aucun rôle à jouer dans l'introduction de la coutume? Loin de là : en trois passages de son livre sur la coutume, passages qu'il faut grouper et citer textuellement en raison de leur importance, Suarez maintient que le peuple doit consentir à la coutume.

Bien que le consentement du souverain soit requis pour introduire une coutume, déclare-t-il d'abord au paragraphe 1 de son chapitre XII, néanmoins ce consentement du souverain suppose celui du peuple, et cela, non seulement quand la coutume déroge au droit établi par le souverain, mais aussi quand elle introduit simplement un droit nouveau; car la coutume tire son origine, pour ainsi dire, du peuple : *Hoc jus consuetudinis incipit, ut sic dicam, a populo*; conséquemment elle exige son consentement. Aussi faut-il dire que le consentement du peuple est requis pour toute loi; mais il est requis d'une façon toute différente pour la loi écrite que pour le droit non écrit : car la loi procède, en premier lieu et essentiellement, du souverain et elle n'exige le consentement du peuple qu'en l'obligeant à accepter la loi : *Nam lex procedit primo et per se a principe, et exigit consensum a populo, illum obligando ad acceptandam legem*. Mais, dans le droit coutumier, c'est le peuple qui prend l'initiative, autant du moins qu'il le peut, en voulant introduire le droit et en requérant tacitement le consentement du souverain : *In jure autem consuetudinis populus incipit, quantum in se est, volendo jus introducere et tacite impetrando consensum a principe* (*l. c.*, ch. XII, n. 14).

Une seconde fois Suarez, dans le paragraphe 4 du chapitre XIV, exprime la même pensée : bien que la volonté du souverain ou du prélat soit principale dans l'introduction de la coutume, néanmoins la coutume dépend plutôt encore, en un certain sens, de la volonté du peuple, puisque c'est le souverain qui s'accommode pour ainsi dire à cette volonté, soit en lui concédant comme la permission d'introduire le droit coutumier selon son gré, soit en approuvant et en confirmant ce que le peuple a voulu. *Licet voluntas principis vel prælati in hoc negotio sit præcipua, nihilominus magis quodammodo pendet ex voluntate populi ; quia illi se accommodat, ut sic dicam, princeps, quasi licentiam concedens, ut jus consuetudinis introducat, prout voluerit, vel lanquam approbans, et confirmans, quod populus intendit* (l. c., ch. XIV, n. 4).

Une troisième fois, dans le paragraphe 10 du chapitre XVI, Suarez revient, au moins incidemment, sur la nécessité du consentement du peuple, et cela, en se demandant si la coutume des laïques oblige les clercs : il faut noter, dit-il, que, puisque la coutume considérée en tant que loi, ne tire pas sa force principalement du peuple qui l'a introduite, mais du souverain qui lui donne son consentement, pour savoir si la coutume des laïques oblige les clercs, c'est plus la qualité de l'autorité qui confirme la coutume et l'établit dans son être juridique, que l'état des personnes qui ont observé cette coutume qu'il faut considérer ; *notandum vero occurril, cum consuetudo, ut est lex, non inducatur principaliter a populo illam introducente, sed a principe consentiente ; potius considerandum esse, qua potestate consuetudo confirmetur, et in ratione juris stabiliatur, quam statum personarum quæ illam observaverunt ;* car la volonté du souverain ou du prélat est la cause essentielle du droit coutumier, et la volonté du peuple n'en est que la cause-motif, et la quasi occasion, et la sollicitation. *Nam voluntas principis, seu prælati est causa per se, voluntas autem populi est causa motiva et quasi occasio, et petitio talis juris.* Aussi, pour connaître si une coutume lie les clercs, il importe beaucoup d'examiner si c'est en vertu du consentement du prélat ecclésiastique, ou en vertu du consentement du prince séculier, qu'elle a force de loi (l. c. ch. XIV, n. 10).

Certes le parallèle établi par Suarez est décisif ; il met nettement en relief la pensée fondamentale du théologien. Pour lui, l'élément qui confère au droit coutumier sa force juridique, c'est essentiellement le consentement du souverain, et non plus celui du peuple. Si le consentement du peuple demeure requis, c'est afin de présenter les actes matériels que le souverain recouvrira de son autorité législative. La cause efficiente principale du droit coutumier, ce n'est pas le consentement du peuple, c'est bel et bien, et essentiellement, le consentement du souverain. Voilà qui est à retenir.

3^o Effets de la coutume.

Après avoir étudié les causes du droit coutumier, Suarez en étudie les effets. Mais, des quatre effets ordinairement attribués à la coutume, Suarez n'en retient que deux seulement. C'est que pour Suarez, d'une part, la coutume qui confirme la loi, *secundum legem*, tire sa force de la loi même et n'est dès lors qu'un succédané de la loi; et, d'autre part, la coutume qui interprète la loi se confond avec la coutume qui introduit le droit (1). Il n'y a donc lieu de s'occuper que de la coutume qui crée le droit et de celle qui abroge le droit, en d'autres termes, de la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, et de la coutume contraire à la loi, *contra legem*.

A. — *De la coutume en dehors de la loi, præter legem.*

La coutume peut légitimement introduire un droit nouveau là où il n'y a ni loi écrite ni loi traditionnelle. Suarez fait en effet remarquer incidemment que, si la coutume a la tradition pour origine, elle procède encore de l'autorité du souverain qui a imposé de vive voix l'ordre qu'il aurait pu formuler par écrit. Mais il prouve solidement, dans son chapitre XIV, que la coutume peut introduire une loi non écrite, en montrant qu'aucun des trois éléments : matière, puissance, volonté, requis pour la loi, ne fait défaut à la coutume *præter legem* : la matière, c'est toute coutume raisonnable; la puissance, c'est l'autorité législative qui réside, soit dans le peuple s'il est son propre chef, soit dans le souverain si le peuple est acéphale; la volonté, c'est l'accord du peuple et du souverain, accord indispensable pour octroyer force de loi à la pratique communément reçue; car, si le peuple ne peut rien de définitif sans le souverain, le souverain de son côté ne peut rien, au point de vue du droit coutumier, sans le peuple (*L. c.*, ch. XIV, n. 3 et 4). Le peuple doit donc poser les actes qui serviront à déterminer la coutume; d'où deux nouvelles questions à résoudre : *tous les actes sont-ils susceptibles d'introduire la coutume? pendant combien d'années ces actes doivent-ils être posés pour qu'une coutume soit introduite?*

A la première question, il faut répondre : non, tous les actes posés par le peuple ne sont pas susceptibles d'introduire la coutume; il faut des actes posés dans l'intention précise de les rendre obligatoires dans l'avenir; si cette intention fait défaut, la pratique, même répétée pendant longtemps, ne créerait pas une obligation. Ainsi le fait, que, dans la

(1) Suarez justifie son opinion dans le chapitre XVII intitulé: *Utrum consuetudo habeat vim interpretandi legem?*

plupart des cas, le sommeil intervient entre le repas du soir et la communion du lendemain, ne saurait rendre obligatoire que l'on ait pris son sommeil avant de s'approcher de la Sainte Table. De même aussi, la pratique de recevoir les cendres le premier jour du Carême, ou celle de faire bénir du buis le dimanche des Rameaux, ne peuvent constituer des obligations, parce que ces pratiques, très anciennes cependant par leur origine, n'ont jamais été mises à exécution dans l'intention de les rendre obligatoires. Il faut donc que le peuple, qui prend l'initiative des actes, les pose dans l'intention de créer par eux un droit coutumier. — Suarez prévoit toutefois une objection : le peuple qui a un souverain ne peut jamais s'obliger par lui-même ; il ne peut être lié que par une loi non écrite qui tire sa force juridique de la volonté même du souverain ; dès lors, il est bien inutile d'exiger, dira-t-on, que les actes introductifs de la coutume soient produits dans l'intention déterminée de créer un droit nouveau ; car le souverain peut suppléer à cette intention si elle fait défaut. Non, répond Suarez ; car, en donnant son consentement à la coutume, le souverain n'entend pas obliger le peuple plus que lui-même ne veut s'obliger : *princeps non vult per consuetudinem obligare plus quam populus velit obligari*. Aussi faut-il nécessairement, pour qu'il y ait vraiment droit coutumier en dehors de la loi, *præter legem*, que le peuple ait l'intention d'introduire une coutume bien spécialisée et de la rendre obligatoire autant que cela dépend de son pouvoir (*l. c.*, ch. XIV, n. 4 et 5). Suarez demeure logique avec lui-même. Sa théorie est bien consistante.

A la seconde question : pendant combien d'années faut-il que ces actes intentionnels aient été posés pour qu'une coutume soit introduite ? Suarez répond en distinguant encore le cas où la coutume est prescrite du cas où elle ne l'est pas. — S'il s'agit d'une coutume prescrite, dix ans suffisent pour qu'une coutume en dehors de la loi, *præter legem*, introduise un droit nouveau, même dans le droit canonique ; car le laps de temps de quarante ans n'est requis par le droit de l'Eglise que pour les coutumes contraires aux canons, *contra canones* ; et, par ailleurs, il n'y a pas lieu ici de tenir compte de la présence ou de l'absence du souverain. — Mais s'il s'agit d'une coutume non prescrite, — voici certes une solution inattendue, — il pourra se faire que la pratique introduise un droit nouveau en un laps de temps moindre que les dix ans requis pour la prescription : la coutume pourra en effet devenir obligatoire et obtenir force de loi, dès qu'on aura acquis la certitude morale, d'une part, que le souverain a eu connaissance de cette pratique, et, d'autre part, qu'il lui a donné son consentement. Or cette double conviction peut s'acquérir rapidement et n'exige pas nécessairement un laps de temps déterminé. D'où, affirme Suarez, une différence notable est à signaler entre les deux sortes de coutumes : la coutume prescrite intro-

duit la loi, non pas parce que la prescription est signe d'un consentement nouveau donné par le souverain, mais bien parce que la coutume réalise les conditions exigées antérieurement, dans une loi, par le souverain; aussi la connaissance de la coutume n'est-elle pas requise par le souverain si la coutume est prescrite. Par contre, la coutume non prescrite n'introduit un droit nouveau qu'autant qu'elle est signe tant de la volonté du souverain que de son nouveau consentement. Or ce signe peut être obtenu en un moindre temps que celui requis pour la prescription, mais il suppose nécessairement que le souverain a connaissance de la coutume (*l. c.*, ch. XV, n. 2 à 7).

Impossible d'ailleurs de préciser, d'une façon uniforme et qui vaille pour tous les cas, la durée que doit avoir une pratique pour signifier que le souverain en a certainement connaissance et l'approuve. C'est affaire d'appréciation pour laquelle on tiendra compte, d'abord de la fréquence de l'usage et de sa publicité, puis de la présence ou de l'absence du souverain, ensuite de la reconnaissance ou de la non reconnaissance de la dite pratique dans un jugement, enfin de beaucoup d'autres conjonctures. L'appréciation est d'autant plus difficile à établir qu'il faut acquérir la certitude morale de l'existence, non seulement du consentement du souverain, mais encore de celui du peuple : du consentement du souverain, parce qu'il doit nécessairement approuver la coutume; du consentement du peuple, parce qu'il faut qu'on ait la conviction que le peuple a agi dans l'intention de s'obliger. Or, dans l'un et l'autre cas, le seul recours efficace est de s'en rapporter au jugement des sages, *arbitrio prudentium*, donc à des arbitres : car il n'est pas plus aisé de discerner l'intention qui a inspiré le peuple dans sa manière d'agir, que de connaître à quel moment précis le souverain a eu connaissance d'un usage et l'a approuvé. — Suarez énumère bien, il est vrai, quatre moyens qui permettent aux arbitres de scruter l'intention qui a présidé à la production des actes : on examinera, en premier lieu, si la pratique a pour elle une longue durée, si elle est importante, et aussi, si elle est difficile, et encore, si elle est observée par la majeure partie du peuple; car le peuple n'a pas l'habitude d'agir d'une façon uniforme à moins d'y être obligé; si donc cette uniformité existe, c'est vraisemblablement que le peuple veut s'obliger à agir de cette manière. — On examinera, en second lieu, si les hommes prudents et timorés jugent mal ceux qui n'observent pas la dite pratique, ou encore, si le peuple est scandalisé par ceux qui s'abstiennent d'agir de cette façon. — On examinera, en troisième lieu, si les prélats ou les chefs du gouvernement civil reprennent ou punissent sévèrement ceux qui n'observent pas cette pratique. — Enfin, et en quatrième lieu, on examinera si la pratique est grandement utile ou peu utile au bien commun. Mais, dans le doute, si un doute subsiste après un si minutieux examen, on conclura plutôt

à l'absence de l'intention de créer un droit nouveau qu'à sa présence; car, dans le doute, personne n'est présumé vouloir s'obliger (*l. c.*, ch. XV, n. 8, 9, 10).

Une telle énumération révèle les nombreuses difficultés auxquelles on se heurte, pratiquement, pour apprécier si, oui ou non, une coutume non prescrite réunit les conditions qui lui permettent d'acquérir force de loi en un laps de temps moindre que celui de dix ans.

Suarez termine son exposé sur la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, en déclarant que, quoiqu'elle n'ait pas besoin de promulgation, néanmoins, tout comme la loi, elle oblige en conscience, peut introduire des pénalités, annuler certains actes, rendre habiles ou inhabiles certaines personnes; mais elle ne s'applique qu'à ses propres sujets et est difficilement susceptible d'extension (*l. c.*, ch. XVI).

B. — De la coutume contraire à la loi, *contra legem*.

Relativement à la coutume contraire à la loi, *contra legem*, Suarez, dans son chapitre XVIII, examine deux principales questions : la coutume peut-elle abroger la loi humaine? Y a-t-il des lois humaines qui puissent ne pas être abrogées par la coutume?

Et, tout d'abord, la coutume peut-elle, d'une façon générale, abroger la loi humaine? Oui, la coutume peut abroger, non seulement la loi civile, mais aussi la loi canonique, comme le déclarent tant Hostiensis (qui cependant n'a pas toujours été constant dans son opinion) que saint Thomas (en s'appuyant sur le chapitre *Quum tanto* des *Décrétales* de Grégoire IX). Et Suarez s'efforce de démontrer solidement la vérité de la proposition qu'il vient d'énoncer.

La preuve que la coutume peut abroger la loi même canonique, poursuit-il, c'est que, ni le pouvoir, ni la volonté ne font défaut aux introducteurs de la coutume pour lui conférer cette force.

Le peuple et le souverain ont en effet, et en premier lieu, le pouvoir d'abroger, par une coutume contraire, la loi canonique, non pas qu'il convienne de supposer que le législateur n'a porté sa loi écrite que sous la condition tacite que le peuple continuerait à approuver cette loi : car une telle condition entraînerait le peuple à l'insoumission et ruinerait la notion même de la loi; mais, d'une part, le peuple a le pouvoir de fait, sinon de droit, de repousser, soit par sa manière de faire en opposition avec la loi, soit par son abstention, l'obligation de la loi, et, d'autre part, le souverain a toute autorité pour recouvrir de son consentement la volonté du peuple et lui conférer une valeur juridique : *Quia in plebe est potestas facti, potius quam juris, ad abjiciendam illam legem, quantum in se est, et ex parte principis est etiam potestas ad connivendum et consentiendum voluntati populi, et ita completur potestas ad*

auferendam legem. Nul doute donc que le pouvoir d'abroger la loi existe, tant dans le peuple, que dans le souverain (*l. c.*, ch. XVIII, n. 1 à 3).

Or, et en second lieu, la volonté d'abroger la loi peut, elle aussi, exister en l'un et en l'autre : car, en ce qui concerne le peuple, par le fait même que, dans sa majeure partie, il s'abstient d'obéir à la loi, il manifeste nettement son intention de ne plus vouloir l'observer; et, s'il est vrai que, dans l'Eglise universelle, il est difficile qu'une majorité se forme *simultanément* dans tous les lieux pour s'opposer à une loi canonique, il n'est pas malaisé de se représenter que la résistance puisse se produire *successivement*, province par province, et ainsi s'étendre à la catholicité entière. Les premiers actes de résistance à la loi seront, il est vrai, peccamineux; mais ils n'en seront pas moins aptes à manifester la volonté du peuple, pourvu qu'ils ne soient posés ni par ignorance ni par crainte.

Quant au souverain, il peut donner son consentement aux actes peccamineux, ou autres, qui introduisent la coutume contraire à la loi de deux façons, soit par le consentement légal, soit par le consentement personnel, tout comme quand il s'agit d'une coutume en dehors du droit.

Par consentement légal d'abord : en effet, le consentement légal du souverain est présumé donné, dès que la coutume qui s'oppose à la loi possède les deux qualités requises par le chapitre *Quum tanto*, à savoir, dès qu'elle est raisonnable et prescrite. Il faut qu'elle soit raisonnable; mais une coutume qui abroge la loi est plus facilement raisonnable qu'une coutume qui introduit un droit nouveau; il suffit pour cela, non plus qu'elle ait une utilité spéciale, mais simplement qu'elle n'aille pas contre l'intérêt général, et qu'un motif légitime puisse être invoqué pour justifier la résistance du peuple et l'attitude du souverain. De même, il faut qu'elle soit prescrite, et ici la durée de la prescription qui, en matière civile, est et demeure de dix ans, est, en matière ecclésiastique, contrairement à l'opinion d'Azon, de quarante ans, dès lors qu'il s'agit d'une coutume contraire, soit à un canon, soit même au motif intrinsèque et précis qui l'a inspiré. Mais, dès lors que la coutume contraire à la loi est raisonnable et prescrite par quarante ans de durée, elle acquiert force juridique par le simple fait qu'elle est conforme à la décrétale *Quum tanto* édictée par Grégoire IX. Cette décrétale lui confère le consentement du souverain, même si le souverain ignore la coutume. — Telle est l'opinion de Suarez qui ne fait que reproduire sur ce point l'enseignement commun des docteurs. C'est donc le consentement légal qui, seul, est requis dans le cas où la coutume contraire à la loi est prescrite (*l. c.*, ch. XVIII, n. 4 à 13).

Quant au consentement personnel du souverain, qui suppose tout à la fois que le souverain a connaissance de la coutume et l'approuve au moins tacitement, il n'intervient que dans le cas où une coutume

contraire à la loi vient à être connue personnellement par le souverain et à être approuvée (1) au moins tacitement par lui; mais, dans une telle hypothèse, ce consentement suffit, à lui seul, à conférer force juridique à la coutume; point n'est besoin de la prescription, ni d'une durée déterminée. — Telle est du moins l'opinion formelle de Suarez qui la fonde ainsi en raison : *a*) la coutume qui introduit un droit nouveau n'a besoin, ni de dix ans, ni de vingt ans de pratique pour acquérir force juridique; elle devient valable, dès qu'on a acquis la certitude morale que le souverain en a la connaissance et lui donne son consentement au moins tacite; à fortiori, la coutume qui s'oppose à la loi doit-elle acquérir force juridique, dès qu'on a la certitude morale que le souverain connaît cette pratique et ne proteste pas, à dessein, contre cette violation du droit; car le souverain aurait toute facilité pour protester s'il le voulait, et le fait qu'il se tait indique sa volonté de consentir à la pratique qui lui est présentée par le peuple, en vue d'éviter à ses sujets les occasions de pécher. — *b*) Par ailleurs, des deux conditions exigées par la décrétale *Quum tanto*, l'une, la rationabilité, est essentielle à la nature même de la coutume, si bien que jamais cette condition ne peut faire défaut; mais *l'autre, la prescription, n'est pas essentielle à la nature de la coutume*; elle n'est exigée, en effet, qu'afin de s'assurer que le souverain donne bien effectivement son consentement à la coutume. Dès lors, dès que ce consentement apparaît par un signe non équivoque, — ce signe fut-il autre que la durée légale une fois pour toutes fixée par le souverain, — il n'y a aucun motif pour soumettre la coutume connue du souverain et approuvée au moins tacitement par lui à une durée déterminée quelconque, pas même au laps de temps de dix années : car rien ne manque pour qu'une telle pratique, même contraire à la loi ou aux canons, ait force de loi.

Le raisonnement de Suarez est impeccable au point de vue logique et la conclusion à laquelle il aboutit semble fort sage : aucun laps de temps ne saurait être fixé pour qu'une pratique contraire à la loi, mais connue personnellement du souverain et approuvée tacitement par lui, acquière force juridique; requérir en effet une durée de dix ans, ou même un laps de temps moindre, ne signifierait rien en l'occurrence; mieux vaut recourir à l'opinion des sages, pour savoir si les circonstances permettent de conclure que, dans tel cas déterminé, le souverain, qui a connaissance certaine de la coutume, lui a vraiment donné son consentement personnel au moins tacite. En fait, beaucoup de lois ecclésiastiques

(1) La simple tolérance ne suffit pas par elle seule; pour qu'elle suffise, il faut que en raison des circonstances, elle apparaisse un signe moralement certain du consentement du souverain (*l. c.*, ch. XVIII, n. 16).

ont été abrogées par des coutumes non prescrites, parce que les pontifes, qui avaient connaissance de ces pratiques contraires à la loi, ne protestaient pas contre leur existence (*l. c.*, ch. XVIII, n. 13 à 16).

Ainsi donc, pour Suarez, la coutume peut abroger la loi, tout comme elle peut introduire un droit nouveau : la coutume contraire à la loi est juridiquement valable, dès qu'elle est tout à la fois raisonnable et prescrite, ou, dès que raisonnable, elle est munie du consentement personnel, au moins tacite, du souverain.

Mais, y a-t-il des lois humaines contre lesquelles la coutume revêtue des conditions requises ne puisse valoir, se demande maintenant Suarez? Pour répondre en connaissance de cause à cette question, Suarez étudie avec minutie, dans le chapitre XIX du VII^e livre de son traité de *Legibus*, les quatre exceptions proposées par certains juristes comme limitant la force abrogatrice de la coutume.

La première exception concernerait les lois qui édictent des peines : contre ces lois la coutume serait impuissante, dit-on. — Cette prétendue exception ne vaut pas, affirme Suarez. La coutume peut en effet abroger une loi pénale infligeant une peine encourue *ipso facto* ; elle peut même, comme le soutient Panormitanus, abroger une loi quant à la peine encourue, soit *ipso facto*, soit *ferendæ sententiæ*, tout en maintenant l'obligation de la loi pour la conscience; car le souverain peut, à juste raison, consentir à remettre la peine, tout en laissant à la loi sa force directive; il y a alors simple dérogation et non abrogation : *derogatur enim, cum pars detrahitur ; abrogatur vero cum prorsus tollitur*, dit la glose de la loi 102, *derogatur, Dig., de verborum significatione, L. 16*. En fait, le canon 3, *cum multæ, Grat., C. XV, q. 8*, qui constituait esclaves, *ipso facto*, les fils des clercs incontinents, en punition de la faute de leur père, est tombé en désuétude, bien que l'obligation de la continence soit demeurée identique pour les clercs. Enfin la coutume peut abroger l'obligation de conscience et laisser subsister la peine portée par la loi, pourvu que la peine encourue ne suppose pas intrinsèquement qu'il y ait faute, comme c'est le cas pour les censures. C'est de cette façon que beaucoup de lois civiles, qui imposent des impôts ou interdisent la chasse ou la pêche ou autres choses analogues, sont devenues des lois purement directives et pénales; l'usage a prescrit et est parvenu à changer la nature de ces lois (*l. c.*, ch. XIX, n. 1 à 12).

La seconde exception qui tend à limiter la force abrogatrice de la coutume porterait, dit-on, sur les lois irritantes ou annulantes; elle ne vaut pas plus que la première exception, continue à dire Suarez. La coutume peut en effet annuler les lois irritantes, ou celles qui prononcent des incapacités. Une telle coutume peut être tout ensemble raisonnable et prescrite, et, par conséquent, on peut légitimement faire la preuve que le souverain a donné tacitement son consentement à des

pratiques tendant à rendre habile, juridiquement parlant, quelqu'un qui ne l'était pas jusqu'alors (*l. c.*, ch. XIX, n. 13 à 16).

La troisième exception porterait sur les lois qui révoquent, prohibent et réprouvent les coutumes contraires; elle ne saurait valoir, elle non plus, d'une façon absolue, ajoute Suarez. — En effet, et premièrement, la loi qui révoque la coutume ne veut atteindre que la coutume passée; secondement, la loi qui prohibe la coutume future ne peut le faire qu'en vue de rendre plus stricte l'obligation de la loi qui ordonne que la coutume n'aura force juridique qu'autant qu'elle sera, et raisonnable, et prescrite : la loi qui prohibe la coutume future pourrait donc, tout au plus, empêcher qu'aucune coutume vaille, en aucun cas, sans avoir été prescrite, même si le législateur en avait connaissance et l'approuvait tacitement; troisièmement, la loi qui réprouve toute coutume contraire ne saurait valoir elle-même que sous la condition que les choses demeureront telles qu'elles sont au moment de sa promulgation; car il peut se faire que, avec le temps, une transformation s'opère dans les mœurs au point de rendre raisonnable une pratique qui jusqu'alors ne l'était pas : or, en ce cas, la réprobation ne saurait plus se justifier, et une nouvelle coutume contraire à la loi pourrait s'établir, à condition d'être approuvée par le souverain soit légalement soit personnellement.

Reste donc la quatrième exception proposée par de nombreux canonistes : la coutume même prescrite ne pourrait jamais abroger une loi qui concerne les sacrements. — Cette quatrième exception ne saurait non plus être admise, remarque Suarez; car, s'il est vrai que la matière des sacrements est particulièrement importante et grave, rien n'empêche qu'une coutume raisonnable et prescrite exerce son influence là où la loi peut le faire. Or c'est la loi qui détermine les conditions d'application des sacrements; donc la coutume peut, elle aussi, déterminer ces conditions et au besoin changer les dispositions des lois écrites en cette matière (*l. c.*, ch. XIX, n. 21 et 22).

Rien ne s'oppose donc à ce que le principe général émis par Suarez demeure vrai dans toute sa rigueur : la coutume raisonnable et prescrite peut abroger la loi et n'importe quelle loi humaine. C'est le principe admis par Navarrus et il ne souffre pas d'exception, encore que la coutume abrogatrice ne doive pas être étendue à d'autres cas même similaires. Ce principe est même si fécond que rien ne saurait empêcher que, *par des mêmes actes posés d'une façon simultanée*, une coutume, non seulement abroge une loi, mais encore introduise valablement un droit nouveau contraire à cette loi : tout ce que peut faire la loi, la coutume est, elle aussi, capable de le faire, proclame Suarez (*l. c.*, ch. XIX, n. 26) qui termine le livre VII de son traité de *Legibus* en étudiant dans son chapitre XX, le dernier du livre, la question de l'abrogation de la coutume.

4^o Abrogation de la coutume.

La coutume peut, tout d'abord, être abrogée sans intervention extrinsèque, c'est-à-dire étrangère à elle-même, soit parce que la raison qui la motivait cesse d'être légitime, soit parce que la fin qu'elle poursuivait n'a plus à être atteinte (*l. c.*, ch. XIX, n. 1). Inutile d'insister sur ce point.

Mais, c'est surtout par intervention extrinsèque, c'est-à-dire par intervention tant du souverain que du peuple, que se produit, dans la plupart des cas, l'abrogation de la coutume. Des explications sont ici nécessaires, remarque Suarez.

Le souverain abroge la coutume quand il édicte une loi qui lui est contraire ; car, s'il est vrai qu'il a le pouvoir de porter une loi contraire à celle promulguée antérieurement, il est également vrai qu'il a le pouvoir d'abroger une coutume, qui n'a de valeur que par son consentement tacite, par une loi qui, elle, tire sa valeur de son consentement exprès. Mais, de même qu'une coutume, pour devenir juridiquement valable, a besoin du consentement du souverain, de même, pour qu'une coutume perde sa force juridique par une disposition légale contraire, il faut que le souverain ait eu connaissance de la coutume à laquelle sa loi porte atteinte. Le principe que le souverain doit consentir à la révocation de la coutume domine toute la question de l'abrogation de la coutume, selon Suarez, comme le principe que le souverain doit donner son consentement, soit légal, soit personnel, à la coutume dominait la question de la validité juridique de la coutume.

De ce principe général on doit déduire les conclusions suivantes : 1^o Une coutume universelle de l'Église est révoquée par une loi universelle contraire, même s'il n'est pas fait mention dans cette loi de la coutume à laquelle elle s'oppose ; car le pape ne peut pas ignorer les coutumes universelles de l'Église. De même, une coutume provinciale ou diocésaine est révoquée par une loi provinciale ou diocésaine contraire : car le chef de la province ou du diocèse ne peut pas ignorer les coutumes de sa province ou de son diocèse ; 2^o Par contre, une coutume particulière à un lieu n'est pas révoquée par une loi universelle portée pour toute l'Église, à moins que cette loi universelle ne comporte, soit la clause « non obstant toute coutume contraire », soit la clause « non obstant telle coutume spéciale contraire à cette loi » ; et cela, parce que, sauf mention de la connaissance spéciale qu'il peut avoir de telle ou telle coutume, le législateur n'est pas présumé en avoir connaissance. — Toutefois trois remarques ici s'imposent, déclare Suarez : la première, c'est qu'une coutume particulière, même non prescrite, n'est pas abrogée par une loi postérieure contraire qui ne fait pas mention d'elle, pourvu

qu'elle soit raisonnable et d'un usage assez fréquent et ancien pour que l'on puisse avoir la certitude morale que, si le souverain avait connu cette coutume, il lui aurait laissé sa force obligatoire; et c'est au jugement de l'homme sage, et non à un laps de temps déterminé quel qu'il soit, qu'il faut s'en remettre pour acquérir la certitude morale que le souverain aurait maintenu cette coutume s'il avait connu son existence.

— La seconde remarque, c'est que, si une loi particulière est portée par une autorité supérieure qui a juridiction, soit universelle comme le pape, soit générale comme un archevêque, cette loi particulière n'abroge pas la coutume particulière du lieu qui lui est contraire, s'il n'est pas fait mention spéciale de cette coutume particulière dans la loi nouvellement portée; car le législateur qui a juridiction générale n'est pas présumé connaître les coutumes particulières, même quand il légifère pour des lieux déterminés, s'il ne fait pas mention qu'il possède cette science. En ce cas, la loi nouvelle ne demeurera toutefois pas sans quelque utilité et portée : les sujets en effet seront tenus de recourir au souverain pour soumettre à son jugement le cas dans lequel ils se trouvent; mais, en attendant la réponse sollicitée, ils pourront observer leur coutume. — La troisième remarque enfin, c'est que la loi qui se contente de réprouver la coutume contraire, ou même toute coutume contraire, n'a pas en vue la coutume immémoriale, à moins qu'elle ne la désigne expressément; cela tient à ce que la coutume immémoriale mérite un respect très spécial, non seulement en raison de son ancienneté, mais surtout parce que ses origines peuvent être autres que purement coutumières et supposent ou quelque constitution ou quelque privilège (*l. c.*, ch. XIX, n. 3 à 17).

Il n'y a pas d'ailleurs que le souverain qui puisse, par son intervention, abroger extrinsèquement la coutume en édictant une loi postérieure contraire à la coutume, continue Suarez : *le peuple, lui aussi*, étant cause efficiente quoique secondaire de la coutume, *peut abroger la coutume ancienne par une coutume nouvelle qui lui soit contraire*, une coutume générale par une autre coutume générale, une coutume particulière par une autre coutume particulière; un autre consentement tacite peut en effet abroger ce qui n'a obtenu force obligatoire que par tacite consentement; mais il va sans dire qu'il faut qu'il y ait une opposition réelle, et une opposition réelle dans le même lieu, entre la coutume nouvelle et l'ancienne.

Une seule question prête à discussion : quelle devra être la durée de la seconde coutume, contraire à la première, pour prévaloir à sa place? Aucun doute possible en ce qui concerne le droit civil : il faut que la seconde coutume soit prescrite par dix ans de durée, ou, tout au moins, qu'on ait la certitude morale que cette seconde coutume a l'approbation personnelle du souverain. Mais, en ce qui concerne le droit canonique, un doute sérieux peut naître dans l'esprit : ne faut-il pas que la seconde

coutume, contraire à la première, ait une durée de quarante ans pour abroger la première? Panormitanus soutient qu'il suffit que la seconde coutume ait dix ans de date, car, dit-il, en aucun cas, cette seconde coutume ne peut être contraire au droit : en effet, ou bien la première coutume était *contra jus*, et ainsi la seconde qui lui est opposée devient conforme au droit plus ancien, mais alors dix ans suffisent pour que le retour à ce droit plus ancien s'opère; ou bien la première coutume était *præter jus*, et en ce cas la seconde coutume est, elle aussi, en dehors du droit. Or dix ans suffisent pour qu'une coutume en dehors du droit soit prescrite. — Cependant cette opinion de Panormitanus ne plaît pas à Suarez, et cela, parce qu'elle ne tient pas compte de la notion vraie du droit non écrit ni de sa valeur juridique. En effet, pour reprendre en sens inverse les hypothèses de Panormitanus, si la première coutume était en dehors du droit, *præter jus*, la seconde qui lui est contraire devient nécessairement, et par le fait même, contraire au droit; car le droit coutumier est un droit aussi juridiquement valable que la loi écrite; donc, pour que la seconde coutume prescrive en matière canonique contre la première, il faudra qu'elle ait quarante ans d'existence. Et, par ailleurs, si la première coutume était contre le droit, *contra jus*, du moment que ce droit ancien a été complètement et universellement prescrit par la coutume, c'est cette coutume qui constitue le droit; dès lors la seconde coutume devra avoir quarante ans d'existence pour se substituer légalement et valablement à la première. Dans un seul cas, observe Suarez, la seconde coutume pourra prescrire par dix ans contre la première, si cette première était contraire au droit : c'est dans l'hypothèse où la première coutume n'a pas été universelle et a, par conséquent, laissé subsister quelque chose du droit ancien. En ce cas, comme la première coutume contraire au droit n'a pas été universellement reçue, le droit commun est toujours demeuré en vigueur, au moins en certaines régions; dès lors, dix ans suffiront pour que la seconde coutume fasse revivre ce droit ancien dans le lieu particulier d'où l'avait exclu, en quelque façon, la première coutume (*l. c.*, ch. XIX, n. 18, 19, 20).

C'est sur cette considération très judicieuse que Suarez termine son étude sur la loi non écrite.

Si maintenant on jette un coup d'œil général sur l'enseignement de Suarez, il est facile de noter les points particuliers sur lesquels il se distingue de ses devanciers.

Tout d'abord, une pensée maîtresse domine toute la théorie proposée par le théologien espagnol. C'est celle-ci : le consentement du souverain est l'élément formel du droit coutumier, c'est-à-dire l'élément qui donne à la coutume sa valeur propre et juridique; sans ce consentement, la coutume peut exister comme *un fait*, elle ne deviendra jamais *un droit*. D'ailleurs ce consentement n'est pas seulement requis pour créer la

coutume, il l'est également pour l'abroger par une autre coutume. Sans doute il n'est pas nécessaire que le souverain donne son consentement en termes exprès à chaque coutume nouvelle; le consentement légal suffit, tout comme le consentement personnel tacite, pourvu qu'il ne soit pas une simple tolérance; mais enfin il faut que, d'une manière ou d'une autre, le souverain approuve la coutume. C'est cette approbation qui la constitue dans son être vraiment spécifique. — Cette vérité mise en pleine lumière par Suarez est de beaucoup la plus importante de toutes celles qu'il propose, mais, sur nombre d'autres points encore, son enseignement mérite d'être retenu.

En ce qui concerne la notion de la coutume, Suarez, par l'insistance qu'il met à distinguer la coutume de fait et la coutume de droit, permet de définir avec précision, d'une part, ce qu'il faut entendre tant par la *mos* que par l'*usus*, d'autre part, ce qu'est vraiment le droit coutumier : Suarez est même le premier, semble-t-il, à employer, d'une façon suivie l'expression *droit coutumier*, *jus consuetudinarium*, pour désigner la coutume dans le droit canonique; ses prédécesseurs parlaient de coutumes ecclésiastiques comme le feront aussi, de préférence, ses successeurs; mais, lui, ose affirmer qu'il y a un droit coutumier ecclésiastique comme il y a un droit coutumier civil.

En ce qui concerne la valeur juridique de la coutume, Suarez affirme que, seules, la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, et la coutume contraire à la loi, *contra legem*, réalisent la véritable notion du droit coutumier. Il n'admet donc pas, contrairement à la plupart de ses devanciers et de ses successeurs, que la coutume conforme à la loi, *secundum legem*, procède vraiment du droit coutumier; elle procède plutôt, selon lui, du droit écrit lui-même.

En ce qui concerne les qualités requises pour qu'une coutume ait force de loi, Suarez se signale surtout à l'attention par la différence qu'il établit entre la rationabilité et la prescription de la coutume : la rationabilité est de l'essence même de la coutume, mais non la prescription, dit-il, si bien qu'il peut exister des coutumes, non prescrites, juridiquement valables, du moment qu'elles sont raisonnables. Il suffit pour cela qu'un homme prudent puisse déclarer que le souverain a donné sciemment son consentement personnel à une coutume raisonnable : une telle pratique, connue et approuvée au moins tacitement par le souverain, acquiert force juridique, sans qu'aucun laps de temps déterminé ait à intervenir.

En ce qui concerne la durée de la prescription, dans le cas où la prescription demeure une des conditions de la validité de la coutume, — ce qui se réalise toutes les fois qu'une coutume n'est pas certainement connue et intentionnellement approuvée par le souverain, — Suarez exige dix ans pour la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, et qua-

rante ans pour la coutume contraire à la loi, *contra legem*, du moins en droit canonique; sur ce dernier point, il se sépare d'Azon qui n'exigeait jamais que dix ans; mais il demeure entendu qu'une coutume même contraire à la loi, et à fortiori une coutume en dehors de la loi, peuvent acquérir force juridique sans prescription aucune, ni de dix, ni de vingt, ni de quarante ans, du moment que le souverain connaît et approuve au moins tacitement cette pratique.

Enfin, en ce qui concerne l'abrogation de la coutume, Suarez apparaît comme le premier théoricien de cette question importante sur deux points en particulier. D'abord, c'est lui le premier qui, surenchérissant sur ce qu'avaient déjà affirmé Boich et Panormitanus sur cette question, a établi la *preuve péremptoire* qu'aucune loi humaine ne pouvait s'opposer, d'une façon absolue, à l'introduction future d'une coutume qui lui serait contraire; car aucune loi humaine ne saurait empêcher que, par l'apparition de nouvelles conditions, telle observance, non raisonnable aujourd'hui, puisse le devenir dans l'avenir, et que, inversement, telle pratique raisonnable aujourd'hui ne le soit plus demain. Puis, c'est également lui qui, le premier, a déclaré que la coutume, qui en abroge une autre, devait avoir quarante ans d'existence, dans le droit canonique, pour vaincre la première coutume qui lui serait contraire.

Voilà certes des affirmations de toute première valeur et du plus haut intérêt. Mais les qualités indéniables, dont Suarez fait preuve dans son exposé sur le droit coutumier dans le droit canonique, laissent cependant place à quelques critiques. — En premier lieu, Suarez n'a-t-il pas changé la véritable nature du droit coutumier, en faisant du consentement du souverain l'élément formel de ce droit primitivement démocratique? — En second lieu, en distinguant si radicalement la coutume de droit de la coutume de fait, n'a-t-il pas établi une distinction contraire à la réalité des faits, tels qu'ils se présentaient dans la période où le droit coutumier, jouant comme par lui seul, avait par lui-même force de loi sans l'intervention de toute autorité distincte de la collectivité elle-même? L'objection ne vaut qu'en ce qui concerne le droit civil, mais elle doit être faite. — En troisième lieu, Suarez, en rejetant la valeur proprement coutumière de la coutume conforme à la loi, sous prétexte qu'elle procède plutôt de l'autorité même de la loi écrite qu'elle se contente, soit d'étendre, soit d'interpréter, ne se montre-t-il pas bien sévère, et même quelque peu en contradiction ou en opposition avec la notion qu'il propose du consentement du souverain devenu, dans sa théorie, l'élément prépondérant du droit coutumier? — En quatrième lieu, et d'une façon plus générale, ne pourrait-on pas soutenir que, si on pousse la théorie de Suarez jusque dans ses dernières exigences, le droit non écrit ne se distingue plus du droit écrit que par une différence, sans doute encore réelle, mais néanmoins assez secondaire : car, ce qui désormais caracté-

rise, selon Suarez, le droit non écrit, ce n'est plus, comme jadis, qu'il tire sa force juridique de l'autorité du peuple, — puisque toute coutume est formellement constituée par le consentement du souverain, — mais c'est, simplement, qu'il est présenté par le peuple, lequel prend l'initiative des actes que le souverain authentiquera et consacrerá par son autorité, tandis que la loi écrite, elle, ne suppose pas essentiellement que ce soit le peuple qui présente au législateur la matière de la loi qui sera décrétée par lui. Ne peut-on pas dire, dès lors, que la distinction, autrefois si radicale, entre le droit écrit et le droit non écrit n'est plus que secondaire? C'est aux philosophes plus qu'aux canonistes qu'il appartient d'étudier le problème. — Enfin, et en cinquième lieu, la théorie de Suarez présente des lacunes sous le rapport de la preuve de la coutume : elle est presque muette sur cette question qui présentait un intérêt majeur, alors que la coutume était un droit juridiquement valable au même titre que la loi. Suarez, il est vrai, recommande de s'en rapporter au jugement des sages, pour déterminer si le souverain a eu connaissance certaine de l'usage, dans le cas où la coutume n'a pas à être prescrite pour valoir, en raison du consentement personnel que lui donne le souverain; mais il ne dit rien des diverses preuves dont on peut faire usage dans le droit coutumier, ni des divers modes de preuve juridiquement établis. Cette infériorité de la théorie de Suarez provient, en partie, de ce que la question de la preuve de la coutume regarde plus les canonistes que les théologiens, et Suarez est avant tout théologien; puis, elle tient aussi à la notion que Suarez se fait du droit coutumier : du moment que le peuple n'a plus qu'un droit de présentation, et non plus un droit de consécration véritable, dans l'introduction du droit coutumier, la question de la preuve de l'usage n'est plus que secondaire; ce n'est plus en réalité le juge qui doit s'enquérir de l'existence ancienne d'actes nombreux, mais c'est le souverain qui doit se rendre compte de l'importance, plus ou moins grande, de la pratique, en faveur de laquelle on sollicite l'intervention et la collaboration de son autorité.

Ces critiques ne sauraient, par ailleurs, faire méconnaître les progrès exceptionnels que Suarez a fait accomplir à la théorie de la coutume au point de vue du droit canonique : Suarez est, en effet, le premier juriste qui soit parvenu à assimiler, *d'une façon complète et harmonieuse*, les principes qui régissent la coutume à ceux qui ont présidé à la formation et à l'évolution de l'Église catholique. L'Église repose sur saint Pierre et ses successeurs; c'est du Christ que découle toute autorité; mais le peuple fidèle a le devoir de pratiquer les commandements, et, de cette pratique éclairante pour les fidèles, le pape et les évêques peuvent et doivent tenir compte dans leur législation. C'est Suarez qui a le mieux christianisé la théorie romano-canonique de la coutume, lui qui a vraiment édifié et systématisé la théorie ecclésiastique de la

coutume ébauchée par Panormitanus. C'est là un mérite incontestable : mais, en christianisant et en canonisant la théorie de la coutume, et en faisant de cette théorie, jusqu'alors laïque, une théorie désormais sacrée, n'a-t-il pas ébranlé, jusque dans ses fondements mêmes, la notion ancienne du droit coutumier? La question se pose, encore que ce ne soit pas le lieu de la résoudre.

Suarez a d'ailleurs un disciple qui a parlé, comme lui, au début même du xvii^e siècle, mais moins abondamment que lui, de la coutume. C'est André del Vaulx (1), né à Andenne (province de Namur) en 1569, professeur de droit canon à l'académie de Louvain, auteur d'un commentaire sur les titres des Décrétales, et qui est mort en 1636. — Il convient de dire très brièvement en quoi del Vaulx se rapproche de Suarez et en quoi il s'en sépare.

Comme Suarez, del Vaulx déclare que, pour l'introduction valable d'une coutume, il faut d'abord des actes fréquents qui manifestent nettement le consentement du peuple; puis une pratique raisonnable pouvant servir de matière à une loi; enfin le consentement du souverain (*l. c.*, tit. IV, de consuetudine § 2). — Comme Suarez encore, il enseigne que c'est le consentement du souverain qui est le plus important, sinon le plus essentiel, des éléments constitutifs de la coutume : si la coutume peut abroger la loi, dit-il, elle tient ce pouvoir du consentement tacite, non pas de la multitude ou du peuple, mais du souverain ou du législateur; et ce consentement tacite a la même force que le consentement du peuple. *Et quod consuetudo possit tollere legem, non habet a multitudinis seu populi, sed a principis seu legislatoris tacito consensu, cujus eadem vis est cum expresse* (*l. c.*, tit. IV, de consuetudine, § 3, n. 6). — Comme Suarez aussi, il distingue la loi et la coutume, en affirmant que la loi, même si elle n'est pas écrite, est toujours constituée par le consentement exprès du souverain et n'est pas introduite par les manières de faire de ceux qui agissent, tandis que la coutume est toujours introduite par les manières de faire de ceux qui agissent, et est, dans la plupart des cas, confirmée ou approuvée par le consentement tacite du souverain : *Distinguitur igitur in eo quoque consuetudo a lege, etiam non scripta, quod lex semper constituitur expresse consensu principis nec moribus utentium introducatur; consuetudo vero semper moribus utentium introducatur et ut plurimum, tacito consensu principis confirmetur seu approbetur* (*l. c.*, tit. IV, de consuetudine, § 2, n. 9). — Comme Suarez enfin, il ne craint pas de dire qu'une coutume peut abroger une loi,

(1) Andreae Vallensis, vulgo André del Vaulx Andanensis, *Paratilla juris canonici sive Decretalium D. Gregorii Papæ summaria ac methodica explicatio, opus novum, scholæ ac foro, et Decretis concilii Tridentini accommodatum*. Sexta editio, Lugduni, MDCLVIII, in-4°, Bibl. nat. E. 2660.

même si cette loi contient la clause *non obstant toute coutume contraire, soit passée, soit future* : car une raison nouvelle et juste, écrit-il, peut survenir qui enlèvera l'injustice ou l'iniquité de la coutume (*l. c.*, tit. IV, de consuetudine, § 3, n. 7).

Mais, sur trois points particuliers, del Vaux se sépare de Suarez. — En premier lieu, del Vaux note (dans son *Premium*, § 8) que le droit canonique écrit est plus noble, « nobilius », que le droit canonique non écrit; cela provient, dit-il, non pas tant de son principe, c'est-à-dire du souverain dont il tire sa force juridique, — la coutume, elle, n'étant introduite que par l'usage du peuple, approuvé par le consentement simplement tacite du souverain, — que de son antiquité, le droit écrit ayant été constitué le premier, et la coutume ne faisant qu'imiter la loi et en tenir lieu, au cas où la loi fait défaut. Une telle affirmation est contestable et montre combien, vers 1636, le droit coutumier était considéré avec moins de faveur que le droit écrit, du moins en matière ecclésiastique. — En second lieu, del Vaux maintient la division de la coutume en coutumes contraires à la loi, *contra legem*, en coutumes en dehors de la loi, *præter legem*, et en coutumes conformes à la loi, *secundum legem*. Cette dernière espèce de coutumes interprète le droit douteux et est la meilleure interprète de la loi, dit-il (*l. c.*, tit. de consuetudine, § 1, n. 2), sans tenir compte de l'opinion qui avait amené Suarez à écarter la coutume conforme à la loi de la sphère propre du droit coutumier. — En troisième lieu, et surtout, del Vaux étudie, avec plus d'insistance que Suarez, la question de la preuve de la coutume à laquelle il fait allusion dans trois passages de son commentaire sur le titre de la coutume. Il écrit d'abord (§ 1, n. 3) : le pontife est, à juste titre, présumé ignorer la coutume, puisque la coutume est un fait, et c'est à celui qui allègue la coutume qu'incombe le fardeau de la preuve, sauf le cas où la coutume serait notoire. C'est d'ailleurs la preuve de l'existence, non pas de la coutume en général, mais de la coutume particulière qui est invoquée dans le cas controversé, qu'il faut fournir. — Puis, dans son paragraphe 3, n. 7, il déclare : c'est une question à étudier que celle de savoir si la coutume, contraire à la loi ou aux statuts, se prouve par le simple fait qu'elle a été observée, ou s'il faut démontrer qu'elle a été obtenue par jugement contradictoire. — Enfin il s'étend longuement dans le paragraphe 4, n. 4, sur la manière dont se prouve le style judiciaire, qui est comme une espèce particulière de coutume : celui qui allègue le style d'une cour, dit-il, est tenu de faire la preuve de son existence dans le cas particulier envisagé et de présenter cette preuve sous forme de conclusion. Dans le seul cas où la coutume porterait sur l'ordonnance du jugement, le juge pourrait établir une enquête de lui-même sur le point en discussion, et cela, d'une façon extra-judiciaire; mais, si le style est contraire au droit et porte sur les décisions

à prendre, c'est à la partie qui l'invoque de prouver son existence sous forme de conclusion, non pas par simple affirmation, ni par les attestations extra-judiciaires des procureurs, mais par les déclarations de plusieurs notaires et greffiers et par l'examen des autres procès. — Assurément, il est regrettable que del Vaulx soit plus explicite sur le mode de preuve du style que sur celui de la coutume; mais les différences mentionnées, entre l'enseignement du canoniste de Louvain et celui du théologien espagnol, suffisent à montrer que, quoique del Vaulx soit bien inférieur à Suarez sous tous les rapports, il ne s'est pas cependant contenté de reproduire, purement et servilement, la théorie du Maître : il s'est bien plutôt efforcé de réunir dans un résumé très court les conclusions les plus généralement admises de son temps.

La grande autorité du xvii^e siècle reste donc celle de Suarez (1) et elle suffit, à elle seule, pour faire de ce siècle une époque mémorable dans l'histoire de la coutume dans le droit canonique. Si la période comprise entre le milieu du xiii^e siècle et la fin du xiv^e siècle peut être considérée comme l'âge d'or du droit en général, si le xv^e siècle est celui qui a vu le droit canonique se détacher du droit civil, en particulier sur la question de la coutume, c'est le xvii^e siècle qui a présidé à la formation indépendante, et vraiment autonome, de la théorie ecclésiastique de la coutume dans le droit canonique. La théologie catholique a désormais un *traité sur la coutume*, traité qui présente la coutume comme un droit ayant sa place, bien définie et bien établie, dans la législation de l'Église. Ce traité est un exposé magistral de la question étudiée dans toute son ampleur et avec la préoccupation de la faire entrer dans les cadres officiels de la doctrine la plus orthodoxe.

Les théologiens et canonistes du xviii^e et du xix^e siècle reprendront et compléteront les questions posées par Suarez; ils discuteront les solutions proposées par lui; ils introduiront de nouvelles distinctions en vue de dirimer les controverses les plus célèbres; mais, à eux tous, parviendront-ils à faire plus et mieux que le théologien espagnol? C'est ce que permettra de dire une étude, aussi consciencieuse que possible, des principaux auteurs qui ont parlé de la coutume dans le droit canonique tant au xviii^e qu'au xix^e siècle.

(1) En dehors de Suarez et de del Vaulx qui, tous deux, appartiennent au début du xvii^e siècle, aucun autre juriste ou canoniste de ce siècle n'apporte de notions nouvelles sur la coutume dans le droit canonique. Le nom de Doujat (1609-1688) est, il est vrai, célèbre dans la seconde partie du xvii^e siècle; mais Doujat ne parle d'une façon originale du droit coutumier, soit civil, soit ecclésiastique, ni dans son *Histoire du droit canonique* (*Specimen juris ecclesiastici*), ni dans ses cinq livres de notions canoniques (*Prænotionum canonicarum libri quinque*), pas plus que ne l'avait fait, un siècle auparavant, Lancelot (1511-1591) dans ses *Institutiones juris canonici* (Pérouse, 1563).

CHAPITRE VI

LA THÉORIE DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DURANT LE XVIII^e SIÈCLE

Tentative d'élargissement de la théorie.

Reiffenstuel (1641-1703). — *Van Espen* (1646-1728). — *L'abbé Fleury* (1640-1723). — *Louis de Héricourt* (1687-1752). — *Schmalzgrueber* (1663-1735).

Reiffenstuel semble bien être le canoniste qui a traité le plus abondamment la question de la coutume, au point de vue ecclésiastique, durant le XVIII^e siècle; c'est donc sur lui qu'il convient de s'appesantir, à condition toutefois de s'arrêter ensuite quelque peu sur les œuvres, tant de Van Espen, de l'abbé Fleury, et de Louis de Héricourt, que de Schmalzgrueber qui peut être considéré, à certains points de vue, comme l'émule de Reiffenstuel, son compatriote et contemporain.

C'est dans son droit canonique, *Jus canonicum*, publié en 1700 que Reiffenstuel (1) étudie la coutume; sur quatre grandes questions, l'enseignement du savant franciscain mérite d'être exposé; car il a des vues personnelles: d'abord, A. — *sur la durée que la coutume doit avoir pour pouvoir être dite prescrite*; puis, B. — *sur la nature du consentement du souverain*; ensuite, C. — *sur le rôle que joue, tant le consentement du souverain, que celui du peuple dans la formation de la coutume*; enfin, D. — *sur les divers modes de preuve de la coutume*.

A. — *Tout d'abord, en ce qui concerne la durée que doit avoir une pra-*

(1) Reiffenstuel Anaclet, né en 1641 à Tegernsee (Bavière), franciscain, mort en 1703. L'œuvre la plus importante de ce théologien est le *Jus canonicum universum*, publié à Freising en 1700. Ce traité, rédigé à l'aide des écrits du cardinal d'Ostie, de Guillaume Durand et des commentateurs du XVI^e siècle, suit les grandes divisions des *Décretales*. Les numéros, mis entre parenthèses à la suite des divers paragraphes, renvoient à l'édition de Paris, Vivès, 1864, 7 volumes, grand in-8°. C'est dans le premier volume que Reiffenstuel parle de la coutume (tit. IV, De consuetudine), p. 266 à 303.

lique coutumière pour devenir juridiquement valable, Reiffenstuel affirme que dix ans suffisent pour qu'une coutume, contraire à la loi canonique ou aux constitutions ecclésiastiques, acquière force de loi : c'est, dit-il, l'opinion la plus probable, et il le démontre fort habilement.

Sur la question de savoir si un laps de temps de dix années suffit pour introduire une coutume contraire au droit canonique ou aux constitutions ecclésiastiques, les docteurs, déclare-t-il, sont d'avis différents. — Plusieurs auteurs distinguent entre les lois ou constitutions ecclésiastiques reçues et celles qui ne l'ont pas encore été : selon eux, ces dernières seules seraient supprimées par toute coutume contraire ayant dix ans d'existence; mais, pour abroger les premières, c'est-à-dire les constitutions ou lois ecclésiastiques reçues, il faudrait une pratique de quarante ans, comme pour prescrire contre les autres droits ecclésiastiques. Ainsi pensent Felinus (1), Navarrus, Covarruvias, Zoezius (2), Layman (3), Calderinus (4), Butrius (5) et plusieurs autres théologiens, suivis par Suarez.

Ces auteurs raisonnent d'ailleurs de la façon suivante : dans le premier cas, quand les lois ou constitutions n'ont pas été reçues, il ne s'agit pas de prescrire contre la loi, mais simplement d'empêcher le lien de la loi de se former; aussi la coutume contraire à une telle loi peut-elle être assimilée à une coutume en dehors de la loi, *præter legem*. Or la coutume en dehors de la loi est prescrite au bout de dix ans. — De plus, il n'y a rien d'étonnant, ajoute Layman, à ce qu'un laps de temps plus considérable soit requis pour abroger une loi ecclésiastique reçue qu'une loi ecclésiastique non reçue. La loi qui a été reçue a, en effet, plus de force et plus de consistance, comme le déclare Gratien dans son dictum, *Leges*, qui suit le canon 3, *in islis*, de la IV^e dist. : « les lois sont instituées

(1) Felinus, ou Fellinus Sandeus, né en 1440 à Felina, diocèse de Reggio, mort vers 1503; auteur d'une *Lectura in varios titulos libri I, II, IV, V Decretalium* (Schulte, II, p. 350).

(2) Henri Zœzius (ou Zoesius ou Zoes) acquiert ses diplômes de docteur en l'un et l'autre droit avec André del Vaulx en 1610, meurt recteur de l'université de Louvain en 1627. On a de lui des *Prælectiones ad Decretales epistolas Gregorii IX*, Lovanii, 1647, in fol. (Schulte, III, p. 691).

(3) Paul Layman ou Laymann ou Leymann, né à Insprück en 1575, entre dans la Compagnie de Jésus et professe le droit canonique en 1603 à l'université d'Ingolstadt. Il meurt en 1635. Il est l'auteur de nombreux écrits philosophiques, théologiques et canoniques. *Jus canonicum sive commentaria in libros Decretalium*. Tubingue, 1666-1698, 3 vol. (Schulte, III, p. 133).

(4) Joannes Calderinus ou Jean de Calderinis, élève de Jean André, docteur en droit canonique en 1326, mort en 1365, a beaucoup écrit, surtout sur les *Clémentines*, a laissé un *Repertorium seu Dictionarium juris*. Son enseignement et ses écrits ont eu une action assez marquée sur les travaux des XIV^e et XV^e siècles (Schulte, II, p. 247).

(5) Très vraisemblablement Antoine de Butrio.

quand elles sont promulguées; elles sont confirmées quand elles sont mises en pratique et ainsi approuvées par ceux qui agissent ». — Enfin, affirme Covarruvias, les lois n'ont aucune force obligatoire si, dès le moment de leur promulgation, elles n'ont pas été reçues par les sujets; car le législateur est présumé n'avoir porté ses lois que sous la condition et dans l'intention qu'elles n'obligeront que si elles sont reçues par la collectivité; dans le cas contraire, on peut croire légitimement que si la loi n'est pas reçue par la multitude, c'est qu'elle ne lui convient aucunement (Reiffenstuel, *l. c.*, n. 102 et 103).

Contre cette première opinion, remarque Reiffenstuel, il faut citer les arguments sérieux des docteurs qui affirment avec Abbas, Panormitanus ou Abbas Siculus, Imola (1), Fagnanus (2) et Diana (3) (ce dernier s'appuie sur une décision de la Rote du 13 mai 1630), que, en toute hypothèse, qu'il s'agisse des lois ecclésiastiques reçues ou non reçues, la coutume ne peut abroger la loi que par la prescription de quarante ans; et cela pour deux raisons que voici : 1^o les lois ecclésiastiques, légitimement édictées et promulguées, ont toute leur force obligatoire et leur consistance essentielle avant d'être acceptées par le peuple; si donc on ne peut prescrire que par quarante ans contre une loi consacrée par l'usage, on ne peut, de même, prescrire que par quarante ans contre une loi non consacrée par l'usage. Et, en effet, d'une part, l'une et l'autre loi ont toute leur force dès leur promulgation; d'autre part, dans le cas où la loi n'a pas encore été consacrée par l'usage, il ne s'agit nullement, comme on le prétend, d'empêcher le lien de la loi de se former, mais bien de supprimer ce lien, lequel existe dès avant l'acceptation de la loi par le peuple; la distinction établie par les partisans de la première opinion manque de fondement; 2^o là où le droit lui-même n'établit pas de distinction, il ne convient pas d'en établir. Or, nulle part, le droit ne distingue entre la loi consacrée par l'usage et la loi non consacrée par l'usage; c'est donc que l'une et l'autre loi ne peuvent être prescrites par une pratique contraire que si celle-ci a quarante ans de durée (Reiff., *l. c.*, n. 104).

Une troisième opinion, ajoute Reiffenstuel, veut cependant que la loi ecclésiastique, reçue ou non reçue, soit abrogée par toute coutume contraire qui a dix ans d'existence, pourvu qu'elle soit raisonnable. Ainsi

(1) Jean de Imola, professeur à Padoue, vers 1406, puis à Bologne, mort en 1436. *Commentaria in I, II, III libros Decretalium*. Venetiis, 1575, in fol. 5 tomes, III vol. (Schulte, II, p. 296).

(2) Prosper Fagnan, né en 1598, professeur de droit canonique à Rome, mort en 1678. *Jus canonicum seu commentaria absolutissima in V libros Decretalium*, Rome, 1661, 5 vol. in fol. (Schulte, III, p. 485).

(3) Antonius Diana : *De primatu solius Petri* (Phillips, p. 403).

pensent, entre autres auteurs, Castro Palao (1), Pirhing (2), Christophorus Haunoldus (3), Sannig (4) et Diana. — La raison sur laquelle repose cette troisième opinion, déclare Reiffenstuel, paraît plus probable que les autres et, aussi, plus conforme au droit; en effet, là où le droit n'a pas établi de distinction, nous ne devons pas en établir non plus; or le droit n'a jamais distingué entre la loi ecclésiastique reçue et celle non reçue par l'usage, et cela à juste raison; car, puisque l'acceptation du peuple n'est pas requise pour constituer intrinsèquement une loi, peu importe que la loi soit reçue ou ne soit pas reçue par l'usage; il ne manque rien à sa valeur intrinsèque et à sa force obligatoire sans cette acceptation. — De plus, il n'y a pas lieu de créer de différence entre le droit civil et le droit canonique là où il n'y a pas de disposition contraire qui s'impose. Or dix ans suffisent en droit civil pour qu'une coutume abroge la loi qui lui est contraire, et aucun canon du droit ecclésiastique ne s'oppose à cette disposition du droit civil. C'est donc que, pour abroger une loi canonique, une pratique de dix ans suffit également : il est en effet à présumer, dans ce cas, que le législateur ecclésiastique consent à révoquer la loi qu'il a portée, parce qu'il constate qu'elle ne convient, ni au lieu, ni au temps, ni à l'utilité commune de ses sujets; une telle loi non observée par la communauté pendant dix ans ne servirait-elle pas plutôt à enchaîner les âmes et à multiplier les péchés? Elle desservirait certainement les intérêts des sujets.

Au surplus, continue Reiffenstuel, les raisons alléguées par les partisans de la première et de la seconde opinion ne semblent pas valables. Si, en effet, quelques chapitres des Décrétales, par exemple les chapitres **X**, *auditis*, **X**, de *præscriptionibus*, II, 26, et, 3 *quum ecclesia Sutrina*, **X**, de *causa possessionis et proprietatis*, II, 12, exigent une pratique de quarante ans pour prescrire contre la loi, c'est parce que, dans ces chapitres, il est question de prescription contre les droits de ces églises ou contre leurs biens immobiliers, et non pas de coutume ou de prescription contre les lois ecclésiastiques ou constitutions pontificales. —

(1) Fernand de Castro Palao, né à Léon, en 1583, entre chez les Jésuites en 1598, recteur du collège de Compostelle, meurt en 1633. Son grand ouvrage est un traité de *Virtutibus et Vitiis*, en 7 volumes; mais il a aussi écrit de nombreux autres traités (Schulte, III, p. 743).

(2) Pirhing (Ernest), né en 1606, en Bavière, membre de la Compagnie de Jésus en 1628, professeur de philosophie, de morale et de droit canonique, mort en 1690. *Jus canonicum in V libros Decretalium, Dilingæ*, 1645, 5 vol. in fol. (Schulte, p. 143).

(3) Christophorus Haunoldus, également, originaire de Bavière et jésuite (1610-1689), professa à Ingolstadt. Ses écrits sont : *Defensio pro infallibilitate Ecclesiæ*, Amberg, 1650; *Controversiarum de justitia et jure privatorum universo*, Ingols., 1671, 4 vol. in-fol. (Schulte, III, p. 145).

(4) Bernard Sannig, né en 1638, auteur d'un *Universum jus canonicum novo methodo digestum*, Prag., 1686, 2 tomes in-fol. (Schulte, III, p. 152).

Aussi bien, ce serait cent ans, et non quarante ans, qu'une coutume devrait avoir comme durée pour abroger une constitution pontificale, puisque c'est par cent ans seulement qu'on prescrit contre l'Église romaine (c. 13, ad audientiam, et c. 14, quum vobis, **X**, de præscriptionibus, II, 26). Or une telle exigence n'est formulée par aucun des partisans des deux premières opinions et elle est contraire au sentiment commun des docteurs. — Constatons d'ailleurs qu'il est normal que la durée de la prescription, exigée pour prescrire contre les droits immobiliers de l'Église, soit plus longue que la durée requise pour prescrire contre une loi : car les droits de l'Église, sur ses biens immobiliers demandent à être sauvegardés, et ils ne le seraient pas suffisamment par la prescription de dix ans; mais il en est autrement dans le cas de coutume contraire à une loi ecclésiastique; une telle coutume ne diminue pas les droits ou commodités de l'Église, pas plus qu'elle ne nuit à ses biens; elle sauvegarde même le pouvoir et la juridiction, tant du législateur qui est le souverain pontife, que de l'Église elle-même, puisqu'une telle coutume ne peut avoir force juridique que par le consentement tacite ou légal du législateur. — Faut-il encore rappeler que, entre la coutume contraire à la loi et la prescription, il y a de telles différences que ce serait commettre une erreur que d'appliquer à la coutume les textes relatifs à la prescription. — Remarquons enfin que cette troisième opinion ne vaut pas dans l'hypothèse où la coutume porte préjudice à un tiers. Or c'est précisément de tels cas qu'envisage le tribunal de la Rote dans les décisions qu'on nous oppose. Ces décisions, conclut Reiffenstuel, ne peuvent donc empêcher la coutume contraire à la loi ecclésiastique de triompher de la loi par une simple pratique de dix années. Cette première conclusion de Reiffenstuel est assurément à retenir (Reiff., *l. c.*, n. 105 à 109).

B. — *Mais quelle est la nature du consentement que le souverain doit donner à la coutume*, se demande plus loin Reiffenstuel? ou mieux : pour qu'une coutume soit introduite, faut-il exiger que le souverain qui a l'autorité pour édicter la loi ait connaissance distincte de la coutume et lui donne son consentement?

Plusieurs auteurs exigent que le souverain ait connaissance *spéciale* de la coutume : ainsi Sperellus (1), Fagnanus et plusieurs autres qui invoquent les décisions du tribunal de la Rote et s'appuient sur la glose du chapitre 11, quum tanto. — Voici d'ailleurs leur principal argument : la coutume est une espèce du droit et elle a la force de la loi; dès lors, elle ne peut être valablement introduite que si celui qui a

(1) Sperellus, Alexandre Sperelli, né à Assise en 1590, évêque de Gubbio, mort en 1672. Principaux ouvrages : *Decisiones fori ecclesiastici*, Venetiis, 1651, in fol.; *Opus tripartitum, ethico-politico sacrum*, Romæ, 1670, 2 vol., in-fol. (Schulte, III, p. 480).

le pouvoir d'édicter la loi en a connaissance spéciale et la recouvre de son autorité; à fortiori, ne peut-elle abroger une loi déjà existante sans le consentement du souverain, consentement qui suppose la connaissance de la coutume, puisque l'inférieur ne peut jamais abroger la loi portée par le supérieur sans que ce dernier le sache et y consente (c. 3, ne Romani, *Clem.*, de electione I, 2).

Cette opinion soulève cependant de grosses objections, observe Reiffenstuel, du moins telle qu'elle est exposée et tant qu'elle ne le sera pas d'une façon plus heureuse. — En effet, et d'abord, le chapitre 11, quum tanto, du titre *de la Coutume* n'exige que deux conditions (la rationalité et la prescription) pour qu'une coutume contraire à la loi puisse porter préjudice au droit positif. Or la prescription court même contre ceux qui l'ignorent. De plus, dans le c. 1, *licet romanus* du Sexte, de constitutionibus, I, 2, il est dit que le pontife romain ignore vraisemblablement les coutumes des lieux particuliers, et cependant ces coutumes ignorées sont considérées comme valables; c'est donc que, pour qu'elles aient force juridique, il n'est pas requis que le souverain en ait la connaissance distincte (Reiff., *l. c.*, n° 136 et 137).

La question demande à être examinée de plus près. Pour résoudre la difficulté, remarquons, déclare Reiffenstuel, que le souverain peut donner son consentement à une coutume de trois façons : d'une façon expresse, d'une façon tacite, d'une façon légale. — Il y a consentement *exprès*, quand le souverain autorise l'introduction d'une coutume en lui donnant son approbation en termes formels et clairs. — Il y a consentement *tacite*, quand le souverain, qui connaît l'existence de la coutume, feint de ne pas la connaître ou ne proteste pas contre son existence, alors qu'il pourrait le faire facilement: *Consensus tacitus dicitur quando princeps scit talem consuetudinem et dissimulat seu non contradicit cum commode contradicere possit*. En ce cas, son silence équivaut à un consentement. — Il y a consentement *légal*, (qu'on appelle aussi consentement *général* ou *juridique*), quand le consentement est donné par une loi ou par le droit lui-même : par exemple, le législateur a déclaré une fois pour toutes, par l'autorité publique de la loi, qu'il donnait son consentement à toutes les coutumes qui seraient raisonnables et légitimement prescrites, et qu'il voulait que ces coutumes aient force de loi (c. 11, quum tanto, **X**, de consuetudine; I, 4; l. I, 2, 3, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo. VIII, 52; et autres textes semblables). Un tel consentement, donné une fois pour toutes, est à juste titre appelé consentement général, puisqu'il est accordé d'une façon globale à toute coutume qui est, et raisonnable, et légitimement prescrite; et cela, à l'opposé de ce qui se produit pour le consentement exprès et le consentement tacite qui, eux, sont dits consentements spéciaux, puisqu'ils visent telle et telle coutume déterminée et supposent, dès lors, que le souverain a nécessairement connais-

sance de la coutume particulière qu'il approuve, soit expressément, soit tout au moins tacitement (Reiff. *l. c.*, n. 138).

Ceci bien noté, voici les réponses qu'il convient de faire, ajoute Reiffenstuel : d'abord, et en premier lieu, pour qu'une coutume, par ailleurs raisonnable, acquière force juridique, qu'elle soit en dehors de la loi, *præter legem*, ou contraire à la loi, *contra legem*, il faut que le souverain lui donne un certain consentement et en ait une certaine connaissance : mais le consentement requis ne doit pas être nécessairement un consentement exprès; le consentement tacite, et même le consentement juridique ou donné d'une façon générale par une loi, suffisent. C'est ce que laisse entendre la glose du *dictum* de Gratien, § *leges*, qui suit le canon 3, in *istis*, *Decreti* prima pars, IV dist.; et ainsi pensent Abbas, Sanning, Engel (1), Pirhing, qui dit que telle est l'opinion commune des juristes, et aussi les théologiens Suarez, Sanchez (2), Layman, Barthol. Mastrius (3), lequel déclare que cette solution est tout à fait dans l'esprit de Scott (4). Voici d'ailleurs la raison qui légitime cette réponse : d'une part, un certain consentement du souverain est requis pour introduire valablement une coutume; dès lors il faut que le souverain ait une certaine connaissance de la coutume; d'autre part, le consentement spécial du souverain ou consentement tacite, à fortiori son consentement exprès, ne sauraient être requis. C'est donc que le consentement juridique ou général ou légal suffit. — Aussi bien l'argument suivant vient-il confirmer la raison alléguée ici : quand le souverain donne son consentement exprès à une coutume contraire à la loi, la prescription n'a plus à intervenir; car, par le fait même que le souverain donne un consentement exprès à la coutume contraire à la loi, il révoque sa loi, et la coutume acquiert par là même force juridique. — De même, quand le souverain donne son consentement tacite à une pratique contraire à la loi,

(1) Louis Engel étudia le droit à Salzbourg, fut reçu docteur en 1657, professeur de droit canonique en 1660, mort en 1674. Parmi ses écrits il faut citer : *Collegium universi juris canonici*, Salisb., 1671, 3 vol. in-8°; *Manuale parochorum*, Salisb., 1662, 1 vol. in-12°; *Forum competens*, Salisb., 1663, 1 vol. in-4°; *Tractatus de privilegiis et juribus monasteriorum ex jure communi deductus*, 1664, 1 vol. in-12° (Schulte, III, p. 150).

(2) Thomas Sanchez, né en 1551, à Cordoue, entre dans la Compagnie de Jésus, meurt à Grenade en 1610; est surtout connu par ses trois livres d'études *De sancto matrimonii sacramento*, Antwerp., 1607, 3 vol. in-fol. (Schulte, III, p. 737).

(3) Bartholomæi Mastrii, *Quæstiones de Summo Pontifice* (Phillips, p. 404).

(4) Jean Duns Scott, philosophe scolastique, surnommé le docteur subtil, né en 1266 ou 1275, à Dunse, près de Berwick en Ecosse (d'où ses surnoms de Duns et de Scott), étudia à Oxford, entra dans l'ordre des Franciscains, enseigna avec éclat à Oxford, à Paris, à Toulouse et à Cologne où il mourut en 1308. Ses écrits très nombreux ne sont guère que des commentaires sur Aristote et sur Pierre Lombard. Duns Scott fut en théologie et en philosophie l'adversaire de saint Thomas.

ou même quand il tolère simplement cette pratique, — ce qui se réalise quand le souverain, sachant que sa loi n'est pas observée, ne proteste pas contre la violation de sa loi ou n'en punit pas les transgresseurs, alors qu'il a toute facilité pour protester et pour punir, — la prescription est inutile pour que la coutume abroge la loi contraire : car cette loi est comme déjà supprimée par la révocation tacite du législateur, et ce n'est pas par la voie de la prescription, *via præscriptionis*, mais par celle de la connivence du souverain, *via conniventix*, que la coutume abroge la loi, tant dans le cas où le souverain donne son consentement exprès à la coutume que dans celui où il lui donne son consentement tacite. — C'est donc bien que le consentement juridique suffit, à lui seul, pour donner force de loi à une coutume raisonnable et prescrite.

Mais si le consentement juridique, c'est-à-dire le consentement donné une fois pour toutes par une loi générale, suffit pour introduire valablement une coutume, ce consentement est du moins strictement requis, ajoute Reiffenstuel. — Cela ressort d'abord, de ce que les coutumes, auxquelles le droit résiste ou qu'il désapprouve, ne peuvent devenir juridiquement valables par elles-mêmes. — De plus, la coutume est une espèce du droit et a la force de la loi; mais, dès lors, elle ne peut être introduite valablement sans le consentement au moins juridique du législateur, ou sans son consentement donné par une loi générale; à fortiori, une loi ne peut-elle être abrogée par une coutume contraire sans ce même consentement juridique ou général...

Néanmoins, observe Reiffenstuel, il faut répondre aux juristes qui veulent que ce soit le consentement exprès du souverain, — et non pas seulement le consentement légal, — qui introduise nécessairement la coutume. — Nous leur répondrons deux choses : la première, c'est qu'ils sont en contradiction, tant avec le chapitre 1, *licet romanus du Sexle*, titre de constitutionibus, I, 2, qui suppose que le pape n'a pas connaissance précise des coutumes particulières, qu'avec le chapitre 11, *quum tanto*, des *Décrétales* de Grégoire IX, du titre de la coutume, I, 4, qui n'exige que deux conditions pour qu'une coutume ait force de loi, à, savoir qu'elle soit raisonnable et légitimement prescrite; — la seconde c'est que les décisions de la Rote, sur lesquelles s'appuient principalement ces juristes, visent des coutumes réprouvées par le droit et, par conséquent, non raisonnables et corruptrices. Or notre conclusion, qui déclare que le consentement juridique ou légal du souverain est requis, mais suffisant, pour introduire valablement une coutume, conclusion qui reproduit l'enseignement commun des docteurs, notre conclusion n'envisage que les cas où les coutumes contraires à la loi sont raisonnables et légitimement prescrites (Reiff., *l. c.*, n. 139, 140 et 141).

Ainsi donc, le consentement juridique ou légal du souverain est requis, mais suffit, pour permettre à une coutume d'acquérir force de

loi. Quel est donc le rôle précis qu'il faut attribuer, tant au consentement du souverain qu'au consentement du peuple, dans la formation de la coutume selon la doctrine de Reiffenstuel? *C'est du consentement du souverain que la coutume tire sa force, et cependant c'est le peuple qui reste cause efficiente de la coutume*, telles sont les deux propositions, difficilement conciliables à première vue, qui se dégagent du traité de Reiffenstuel.

Dans trois passages très courts, mais très catégoriques, Reiffenstuel déclare que le consentement du souverain joue un rôle si important dans l'introduction de la coutume qu'on pourrait le croire seul essentiel. « Une coutume, par ailleurs raisonnable et légitimement prescrite, dit-il d'abord (n. 140), ne tire pas sa force d'une puissance qui résiderait dans les sujets, mais bien du foyer même du droit et de l'autorité du législateur ou du pape, permettant qu'une coutume contraire aux canons soit introduite. *Consuetudo, cæteroquin rationabilis, ac legitime præscripta, non sumit vires suas a polestate subditorum, sed a fomento juris, et auctoritate legislatoris seu papæ, permittentis induci ejusmodi consuetudinem contra canonem*. Aussi, comme l'affirme Abbas (c. 11, quum tanto), les inférieurs, qui peuvent abroger un canon au moyen d'une coutume contraire, ne le peuvent-ils pas au moyen d'un statut; et cela, parce que, dans le cas où c'est la coutume qui tend à abroger le canon, l'autorité du pape intervient, ne serait-ce que par le consentement légal, tandis qu'elle n'intervient pas dans l'établissement des statuts ». — L'expression employée par Reiffenstuel dans ce premier passage est à retenir : *l'autorité du souverain constitue comme le foyer du droit*. — Aussi bien, dans un second passage, ose-t-il déclarer que « la coutume ne tire sa force que du consentement tacite ou légal du souverain, *consuetudo nonnisi ex tacito, sive legali consensu principis, vim suam optinet* » (n. 155). — Et, dans un troisième passage, il conclut « qu'une coutume qui serait condamnée expressément par un supérieur, par exemple par l'évêque du lieu, ne pourrait acquérir force de loi ni obliger en conscience; car il lui manquerait le consentement du supérieur même légal et tacite » (n. 159).

Autant dire que le consentement du souverain joue un rôle si essentiel dans l'introduction de la coutume que c'est de lui que la coutume tire sa force, et de lui seul.

C. — Et cependant Reiffenstuel se refuse à écrire que le consentement du souverain est la cause efficiente de la coutume, ou même sa cause efficiente primaire, comme l'a enseigné Suarez. *C'est le peuple qui reste celle cause efficiente dans la doctrine de Reiffenstuel*.

En effet, citant l'opinion d'Abbas qui veut qu'un seul acte notoire, telle la construction d'un pont sur une voie publique, suffise pour introduire une coutume, Reiffenstuel déclare d'abord, que, si un tel acte notoire suffit, c'est parce que, d'un seul acte de ce genre, qui équivaut à

plusieurs, on peut conclure, d'une façon légitime, au consentement tacite de la communauté (n. 119). — Puis, exposant l'opinion qui soutient que la coutume judiciaire est introduite par deux sentences rendues conformément l'une à l'autre dans l'espace de dix années (voir glose de la loi 34, *diuturna*, *Dig.*, de *legibus senatusq.*, I, 3, et Zasius (1)), il ajoute : « Comme le dit Bartole (à propos de la loi 32, de *quibus*, *Dig.*, de *legibus senatusq.*, I, 3), ce que le juge fait, c'est tout le peuple qui paraît le faire; car le juge agit par l'autorité du peuple : dès lors, nous sommes les auteurs de ce qui se fait par ceux qui tiennent de nous leur autorité; *cum iudex auctoritate populi sit præpositus, quod facit iudex, totus populus facere videtur, juxta illud omnia nostra facimus, quibus auctoritatem impertimur* » (n. 121). Ensuite, exposant sa propre opinion : « Le mieux dans le doute, écrit-il, est de s'en rapporter à l'arbitrage du juge pour savoir si le nombre d'actes nécessaires pour introduire la coutume et la confirmer est suffisant : car il faut des actes assez nombreux pour qu'on puisse avoir, grâce à eux, la certitude que le peuple ou la majorité de la communauté, — il ne dit pas le souverain, — a donné son consentement à la coutume; *ad consuetudinem inducendam requiruntur tot actus, ut ex illis sufficienter possit desumi, et colligi consensus populi, sive majoris partis communitalis*. Or ce consentement ne peut pas toujours apparaître par le seul fait que deux actes ont été posés; car, ces actes une fois posés, c'est peut-être par ignorance, ou pour éviter un scandale, ou pour un autre motif, que le peuple n'a pas aussitôt élevé de protestation; aussi, dans le doute, tout ceci doit être laissé à l'arbitrage du juge qui, dans chaque cas particulier, après avoir tout bien pesé et approfondi, décidera si l'usage en question a été fréquemment et longuement pratiqué et si, par conséquent, la coutume peut être dite confirmée et prescrite » (n. 122). — Enfin, Reiffenstuel en vient à une déclaration plus catégorique : « Pour introduire une coutume, il faut des actes volontaires; car autrement la cause efficiente de la coutume ferait défaut; cette cause efficiente, c'est le consentement du peuple manifesté par les choses elles-mêmes et par les faits : *certum est ad consuetudinem requiri actus voluntarios illos per quos ipsa inducitur, alioquin enim deficeret causa efficiens consuetudinis quæ est consensus populi, rebus ipsis, et factis demonstrandus* » (n. 125). Aussi bien, si le peuple avait posé ces actes sous la contrainte de la violence ou sous l'empire d'une crainte grave, ces actes ne constitueraient pas une preuve du consentement requis; loin de là; ils montreraient plutôt qu'ils sont à charge au peuple et la coutume ne pourrait naître (n. 126). Et, à l'opposé, si deux sentences rendues même sans contradiction suffisent à introduire une coutume et sont oppo-

(1) Ulrich Zasius (ou Zäsi), civiliste allemand, vivait entre les années 1461-1535 (Schulte, III, p. 124).

bles à tous, c'est, non pas parce qu'elles ont autorité de choses jugées, mais parce qu'elles manifestent suffisamment le consentement du peuple, et c'est pour cette raison qu'elles introduisent valablement la coutume et lui confèrent force de loi (n. 176 et 177).

La pensée de Reiffenstuel n'est pas douteuse; l'expression dont il se sert traduit bien sa pensée. *C'est le consentement du peuple qui demeure la cause efficiente de la coutume, encore que la coutume ne tire sa force que du consentement tacite ou légal du souverain.* Comment Reiffenstuel concilie-t-il cette double affirmation (1)? Il ne le dit nulle part et, à bien y regarder de près, son traité présente les deux consentements du souverain et du peuple juxtaposés l'un à l'autre, sans déterminer avec précision le rôle respectif de chacun de ces consentements. Tandis donc que Suarez était parvenu à subordonner le consentement du peuple à celui du souverain, au point de ne plus faire du consentement du peuple qu'une simple présentation par le peuple des actes qu'il convient de rendre obligatoires (*la causa efficiens proxima*), Reiffenstuel, lui, reste plus tributaire de la notion ancienne et profane de la coutume, d'une part, en maintenant, *expressis terminis*, que le consentement du peuple est la seule cause efficiente de la coutume, et, d'autre part, en se refusant à définir nettement si c'est le consentement du souverain ou celui du peuple qui l'emporte dans la formation de la coutume ecclésiastique. En dernière analyse, Reiffenstuel paraît n'avoir introduit le consentement du souverain dans sa propre théorie que sous la pression du droit aristocratique de l'Eglise, mais il n'a pas su faire prédominer cet élément sacré sur les autres éléments constitutifs de la coutume.

D. — Mais, si Reiffenstuel se montre moins habile que Suarez pour donner au consentement du souverain la place prépondérante que lui réserve la théologie catholique, par contre, il est plus complet que son prédécesseur *sur la question de la preuve de la coutume* sur laquelle il s'arrête longuement.

La coutume est difficile à prouver, commence-t-il à constater. — En effet, prouver une coutume, c'est établir l'existence de tous les éléments requis à sa constitution. Il faut, en particulier, prouver qu'elle a été observée par la majeure partie de la communauté, puis, que c'est avec l'intention de s'obliger que la communauté l'a introduite, et encore, qu'elle l'a mise en usage pendant le laps de temps requis, et cela, d'une façon continue. Or, qui ne voit les difficultés qu'on rencontre pour établir de telles preuves, étant donné surtout que les manières d'agir du

(1) Peut-être pourrait-on concilier cette double affirmation en déclarant que, pour Reiffenstuel, le souverain (comme le juge pour Bartole) n'est que le représentant et l'interprète des volontés du peuple : dès lors, ce que fait le souverain, ce serait tout le peuple qui paraîtrait le faire, et le peuple resterait seule cause efficiente d'un droit qui semblerait tirer toute sa force juridique du seul souverain.

peuple sont si changeantes et variables. De plus, c'est une pleine preuve de l'existence de la coutume qu'il faut fournir, comme le dit Bartole. Et enfin, c'est l'existence même de telle coutume particulière, de cette coutume, et d'elle seule, qu'il faut prouver : car la preuve de la coutume ne saurait être étendue d'un cas à un autre. Toutes ces exigences rendent, par leur ensemble, la preuve de la coutume difficile, et même très difficile au dire d'Abbas, voire même quasi impossible, si l'on en croit Hostiensis (Reiff., *l. c.*; n. 170).

C'est d'ailleurs à celui qui allègue la coutume qu'il appartient de la prouver, d'abord, parce qu'il est reçu d'une façon générale que c'est celui qui affirme une chose qui doit en établir la preuve; puis, parce que la coutume consiste dans un fait. Or les faits ne sont pas présumables et ils ont besoin d'être prouvés : par leur nature même, ils constituent en effet un droit incertain. — Toutefois la coutume notoire n'a pas besoin d'être prouvée : sa notoriété lui tient lieu de preuve; il suffit donc de l'alléguer. Bien mieux, le juge serait obligé de tenir compte de l'existence d'une coutume notoire et de juger conformément à cette coutume, même si elle n'était pas invoquée par les parties, du moins telle est l'opinion de Gui Pape (1) et de plusieurs autres docteurs cités par Mascardus (2) (Reiff. *l. c.*, n. 171 et 172).

Mais comment la coutume se prouve-t-elle? De plusieurs façons, comme l'a montré Hostiensis dans sa *Summa*, répond Reiffenstuel qui rappelle les quatre modes de preuves indiqués par le cardinal d'Ostie, avant d'en proposer un cinquième mode qui lui est personnel. Une première façon de prouver l'existence d'une coutume consiste à montrer que, au cours de son existence, elle a été rédigée par écrit : ainsi en a-t-il été pour les us et coutumes en matière féodale. Un second mode, c'est de prouver que la coutume a déjà été reconnue comme valable dans un jugement contradictoire. Ces deux premiers modes de preuve ne souffrent pas de trop grandes difficultés. La troisième façon d'établir la preuve d'une coutume, c'est de montrer que, dans l'espace de dix ans, on a jugé deux fois conformément à la coutume invoquée, bien que les jugements n'aient pas été rendus contradictoirement. Dans le quatrième mode de preuve on affirme, avec pièces à l'appui, que, depuis fort longtemps, la coutume a été inviolablement observée, au point qu'on n'a pas souvenance qu'on ait agi contrairement à cette coutume (c. 37, venerabilis, X, de præbendis, III, 5); dans ce cas, il n'y a à invoquer ni sen-

(1) Gui Pape (Guido Papa), né près de Lyon, fut avocat à Grenoble; puis conseiller au Parlement de cette ville où il mourut vers 1487. Il a laissé plusieurs traités de droit canonique : *De rescriptis*; *De primo secundoque decreto*, *De præsumptionibus*, *Appellationibus*, et des *Singularia* (Schulte, II, p. 370).

(2) Mascardus (ou Giuseppe Mascardi), archevêque d'Ajaccio, mort en 1588, auteur d'un traité *De probationibus*, Francfort, 1593, 3 vol. in-fol. (Schulte, III, p. 454).

tence ni convention d'aucun genre (Reiff., *l. c.*, n. 173, 174 et 175).

Enfin, continue Reiffenstuel qui aborde le mode de preuve qui a ses préférences et n'a pas été indiqué par Hostiensis, il y a un cinquième mode de preuve de la coutume, à savoir la preuve par témoins. Deux témoins suffisent d'ailleurs, à la vérité, pour prouver l'existence d'une coutume même très ancienne, selon ce qui est écrit dans l'Ancien comme dans le Nouveau Testament (Deutéronome, XIX, 15; Matthieu, XVIII, 16; Reiff., *l. c.*, n. 178).

Mais comment les témoins doivent-ils déposer, insiste Reiffenstuel? Les témoins doivent prouver conjointement, *conjunctim*, trois choses : d'abord, que le peuple ou la majeure partie du peuple a pratiqué cet usage; puis, qu'il l'a fréquemment pratiqué; enfin, qu'il y a longtemps que cet usage est observé. Si l'une ou l'autre de ces trois choses n'est pas prouvée, la preuve de la coutume n'est pas établie : car ces trois choses sont conjointement requises pour qu'il y ait coutume. — De plus, les témoignages doivent concorder en ce qui concerne le temps, où les actes ont été posés, et les actes qui ont été posés; dans le cas où les témoignages ne seraient pas concordants, ceux qui ont déposé ne seraient plus considérés que comme de simples individualités, et non plus comme témoins proprement dits. *Insuper testes illi debent convenire in tempore, et actibus : alioquin enim forent testes singulares, et sic non probarent* (Reiff., *l. c.*, n. 179).

Et Reiffenstuel achève son étude sur la preuve de la coutume par la description du mode de preuve propre à la coutume immémoriale. — La coutume immémoriale exige, dit-il, une preuve particulière. Pour qu'une telle coutume soit prouvée, les témoins doivent affirmer, d'une façon uniforme, quatre choses : premièrement, qu'ils ont constaté par eux-mêmes, *de visu*, que depuis quarante ans l'usage est observé; deuxièmement, qu'ils ont entendu dire par leurs ancêtres, qui, eux-mêmes, le tenaient d'autres personnes plus âgées, que cet usage avait toujours été observé; troisièmement, qu'ils n'ont jamais rien vu ni entendu qui s'oppose à cette pratique; quatrièmement, que la voix publique et la renommée attestent que, de mémoire d'homme, jamais rien de contraire à cette pratique n'a été fait. D'où il résulte que les témoins, appelés à déposer en faveur d'une coutume immémoriale, doivent avoir au moins cinquante-quatre ans (l'âge requis pour être témoin étant de quatorze ans), afin de pouvoir attester qu'ils ont vu par eux-mêmes, depuis quarante ans, l'usage ainsi observé (Reiff., *l. c.*, n. 180) (1).

(1) Après avoir rappelé que la coutume ne peut être introduite que par une communauté parfaite, c'est-à-dire capable d'édicter des lois pour ses sujets ou, tout au moins, capable d'être l'objet d'une loi, Reiffenstuel étudie la question du pouvoir

Ces longues et utiles considérations sur la façon dont la coutume immémoriale peut et doit être prouvée ne manquent pas d'être fort intéressantes. et quelques-unes d'entre elles sont même nouvelles. Elles achèvent de montrer en Reiffenstuel un canoniste de valeur; car, encore que seul l'enseignement vraiment propre à Reiffenstuel ait été extrait de son *Manuel*, les citations, qui en ont été faites, suffisent pour que Reiffenstuel apparaisse, tout à la fois, comme un érudit qui n'ignore, ni les textes du droit et romain et ecclésiastique, ni les opinions des civilistes et canonistes qui l'ont précédé, et comme un esprit qui ne craint pas de penser par lui-même. L'insistance avec laquelle il maintient que la coutume contraire à la loi ecclésiastique acquiert force juridique par le simple laps de dix années, d'abord; — puis, sa théorie du consentement du peuple cause efficiente de la coutume, encore que ce soit le consentement du souverain qui donne à la coutume sa force juridique; — enfin, ses considérations sur la preuve de la coutume et, en particulier, sur la preuve de la coutume immémoriale, distinguent nettement Reiffenstuel de ses prédécesseurs comme de ses successeurs.

Van Espen, il est vrai, va compléter heureusement les renseignements, déjà très appréciables, fournis par Reiffenstuel sur la façon dont la coutume peut être prouvée; mais l'abbé Fleury et Louis de Héricourt se contenteront de considérations très générales sur les coutumes de l'Eglise gallicane; seul, Schmalzgrueber pourra, à certains points de vue, être mis en parallèle avec Reiffenstuel.

C'est dans son *Droit ecclésiastique universel*, *Jus ecclesiasticum universum hodiernæ disciplinæ*, que Van Espen (1) parle avec abondance de la preuve par témoins et, quoique son manuel ait été mis à l'index en 1704 et 1734 en raison de ses tendances gallicanes, ce qu'il dit de la preuve

qu'ont ou n'ont pas les femmes pour introduire une coutume. Abbas, Bartole et Jason (ce dernier vivait entre 1450 et 1500) prétendent, dit-il, que la coutume ne peut pas plus être introduite par la pratique des femmes qu'une loi ne peut être portée par elles. Gobert va même jusqu'à prétendre que la coutume qu'ont les moniales de réciter le bréviaire ne peut créer une obligation. Pour moi, ajoute Reiffenstuel, une telle proposition ne saurait être entendue dans un sens absolu; elle ne peut l'être que dans un sens relatif, en sous-entendant, *sans l'approbation du supérieur*: car, à mon avis, continue-t-il, avec l'approbation, soit expresse, soit tacite, du supérieur, une communauté de moniales est aussi capable d'introduire une coutume valable juridiquement qu'elle l'est de créer une loi ou un statut nouveau, ou encore de s'exempter par une coutume de l'obligation des lois existantes. Suarez avait déjà émis une opinion à peu près semblable, mais n'avait pas été aussi catégorique. — Voilà qui peut intéresser le féminisme contemporain.

(1) Van Espen Bernard, né en 1646, à Louvain, prêtre en 1673, professeur de droit canonique, défenseur passionné des doctrines gallicanes, a publié vers 1702 son *Jus ecclesiasticum universum hodiernæ disciplinæ* qui a été mis à l'index en 1704 et 1734. Après la condamnation d'un de ses écrits, il se retira à Maëstricht et, de là, à Amesfort, où il mourut en 1728.

par témoins ne saurait être mis en doute : Les canonistes, affirme-t-il, déclarent que la preuve par témoins l'emporte sur la preuve par écrit, car c'est par témoins qu'on peut prouver la fausseté d'un écrit et compléter le contenu d'un écrit. Cependant, ajoute-t-il, — Van Espen publiait son traité vers 1702, — il est des causes pour lesquelles on n'admet aujourd'hui que la preuve par écrit, et non plus celle par témoins (*l. c.*, n. 1). Par ailleurs, c'est au juge que doivent s'adresser le demandeur et le défendeur pour obtenir le droit de citer devant lui leurs témoins, et le juge leur départit un délai pour les produire (*l. c.*, n. 2). Régulièrement deux témoins suffisent pour établir une pleine preuve (*l. c.*, n. 11), mais il faut que ces témoins soient de tout point irréprochables et sans défaillance, tels que les décrit la loi même des XII tables: *requiritur ut hi testes sint omni exceptione majores id est ut nulla ex parte fides illorum vacillet, quales olim antiquo verbo legis XII tabularum assidui vel classici vocabantur* (*l. c.*, n. 12). Mais, en fait, combien de témoins requiert-on? Le Parlement de Paris n'admet pas plus de dix témoins sur un seul et même article. En Belgique, il est aussi prescrit aux commissaires de n'entendre que dix témoins sur un même fait, sauf en matière fiscale ou autre matière particulièrement importante. Mais, dans le cas où il y a plus de dix témoins cités, ils ne sont pas à la charge de la partie adverse (*l. c.*, n. 16). De même, l'Eglise n'admet aussi que dix témoins dans les affaires qui sont soumises à sa juridiction, sauf cependant s'il s'agit de prouver l'existence d'une coutume, ou quand le juge en décide autrement en raison de l'importance de la cause (*l. c.*, n. 17)... Toutes les pratiques coutumières ne peuvent, en effet, se prouver que par une multitude de témoins : aussi leur preuve peut-elle se faire par *tourbe*, tout comme si le peuple témoignait lui-même en foule (*turba*) sur l'existence de l'usage. En Belgique, une « tourbe » n'est considérée que comme un témoin unique. La tourbe comprend cependant dix témoins et ne peut en comprendre moins de dix (*l. c.*, n. 18). On peut admettre trois tourbes, donc trente témoins qui déposent par groupe de dix; mais on ne peut en admettre davantage (*l. c.*, n. 19). Enfin, pour que l'on ajoute foi aux attestations des témoins, il est requis aujourd'hui que le témoin prête serment, devant le juge et avant de témoigner, qu'il dira la vérité; un témoin non assermenté ne serait pas entendu dans un jugement. Bien que ce serment ne fasse pas partie du procès même et ne soit pas de l'essence du procès, il ne peut cependant être omis que du consentement de l'une et l'autre partie avec l'approbation du juge (*l. c.* n. 20) (1). — Assurément voilà des détails fort curieux à consigner.

(1) Bernard Van Espen. *Jus eccl. univers. hodiernæ disciplinæ, præsertim Belgii, Galliæ et Germaniæ, Colonia Agrippæ*, MDCCII (Bibl. nat. E. 1083. Pars III, tit. VII, cap. 6, de probatione per testes, p. 841 et 842).

L'abbé Fleury (1) est moins original : il demeure dans les généralités. « C'est une grande autorité que celle de la coutume quand elle est louable, et établie par une longue pratique, du consentement des pasteurs de l'Eglise, au moins de leur connaissance publique, déclare-t-il. Une telle coutume a la force de dispenser des canons, puisque nous en voyons plusieurs que les plus gens de bien n'observent point, et qui n'ont jamais été révoquées d'autre manière : comme la défense de baptiser, sinon à Pâques et à la Pentecôte, hors les cas de nécessité; la défense de prier à genoux le dimanche et plusieurs autres. La coutume a eu même la force d'abolir une loi marquée expressément dans le Nouveau Testament et confirmée par plusieurs constitutions ecclésiastiques, qui est la défense de manger du sang et des animaux suffoqués. Il ne faut pas croire pour cela que tout ce qui se pratique publiquement soit légitime. Il y a toujours un grand nombre d'abus que l'Eglise tolère en gémissant, et en attendant les temps favorables pour les réformer. Et on doit tenir pour abus toutes les pratiques contraires aux dernières lois écrites, si elles ne sont conformes à des lois plus anciennes et mieux conservées en un pays que dans l'autre. La principale force de la coutume est pour les Rits, c'est-à-dire, les cérémonies des prières publiques et de l'administration des sacrements, la célébration des fêtes, l'observation des jeûnes et des abstinences. Comme la religion chrétienne est tout intérieure et spirituelle, il y a toujours eu une grande liberté dans ces pratiques extérieures. La règle la plus sûre est que chaque église doit retenir constamment son usage, s'il n'a quelque chose qui répugne à la doctrine de l'Eglise universelle. Pour connaître les lois et les coutumes qui sont en vigueur, il faut voir celles qui sont le plus constamment suivies dans les jugements... On ne doit observer que les coutumes louables, c'est-à-dire qui n'ont rien de contraire au droit divin » (2).

L'abbé Fleury ne manifeste pas trop son gallicanisme; dans l'ensemble il demeure orthodoxe. Il n'en est pas de même de Louis de Héricourt (3).

(1) Claude Fleury, né à Paris, 1640-1723, embrassa l'état ecclésiastique après avoir été neuf ans avocat au Parlement, fut successivement précepteur des princes de Conti, sous-précepteur des ducs de Bourgogne, d'Anjou et de Berry, confesseur de Louis XV. Son principal ouvrage est son *Histoire ecclésiastique*, précédée du *Discours sur cette histoire* (20 vol. in-4°). Son neuvième discours sur l'Eglise gallicane a été mis à l'index (voir Fr. Gaquière, *La vie et les œuvres de Claude Fleury*, Paris, de Gigord, in-8°, IX, 515 p.).

(2) *Institution au droit ecclésiastique* par l'Abbé Fleury, prêtre prieur d'Argenteuil (Paris, 1740, 2 vol. in-12. Bibl. nat. E. 6020, ch. II; *Divisions du Droit ecclésiastique*, pp. 31-33 et p. 27).

(3) Louis de Héricourt, juriconsulte, né à Soissons (1687-1752), entra dans la congrégation de l'Oratoire, se fit recevoir au Parlement de Paris, et fut bien vite considéré comme le plus grand canoniste français de son époque.

Dans son ouvrage célèbre : *Les lois ecclésiastiques en France dans leur ordre naturel et une analyse des livres du Droit canonique conférés avec les usages de l'Eglise gallicane*, Louis de Héricourt, avocat au Parlement, présente un excellent résumé des principales décisions contenues, tant dans le Décret de Gratien que dans les Décrétales, relativement au droit coutumier. Néanmoins il semble plus sévère que la plupart des canonistes, d'une part, en déclarant que la coutume ne l'emporte sur les lois positives que lorsqu'elle est fondée sur un usage immémorial et légitime, n'ayant rien de contraire aux règles fondamentales de la discipline ecclésiastique, d'autre part, en exigeant un laps de temps de quarante ans pour qu'une coutume puisse abroger une loi : « les lois sont abrogées par des lois contraires, valablement publiées, ou par une coutume contraire à la loi, quand cette coutume a été observée pendant quarante ans, et qu'elle n'est opposée, ni au droit naturel, ni au droit divin, ni aux règles fondamentales de la discipline ecclésiastique » (1). Mais, si Héricourt se montre rigoriste quand il interprète les décisions du Droit canonique considérées en elles-mêmes, il n'en est plus ainsi quand il étudie les rapports du droit canonique avec les libertés gallicanes. « Les papes ont toujours cru, déclare-t-il très innocemment, qu'on devait avoir des égards particuliers pour les anciennes coutumes de l'Eglise gallicane, qui s'est toujours distinguée entre toutes les autres par son exactitude à conserver la foi, et à maintenir la discipline ecclésiastique. C'est pourquoi ils ont cru que ces coutumes devaient être observées, même quand elles seraient contraires aux usages des autres églises, qui depuis ont adopté un grand nombre des usages établis dans l'Eglise de France » (c. 2, quod sedem, X, de frigidis et maleficiatis, IV, 16; et, c. 55, in Genesi, X, de electione, I, 6) (3). Certes cette dernière proposition appellerait déjà bien des réserves; mais voici des déclarations autrement graves et équivoques : « Les libertés de l'Eglise gallicane ne sont que l'ancienne liberté de l'Eglise universelle, c'est-à-dire, l'ancien droit commun, conservé en France sur un plus grand nombre d'articles et avec plus de soin que chez toutes les autres nations de l'Eglise latine. De là..., si l'autorité du pape doit conserver les lois universelles de la discipline ecclésiastique et les coutumes légitimes des églises particulières, elle ne doit point entreprendre sur les droits des pasteurs inférieurs et doit être soumise au jugement de l'Eglise universelle » (3). Et encore :

(1) *Les lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel et une analyse des livres du Droit canonique conférés avec les usages de l'Eglise gallicane* par M. Louis de Héricourt. Paris, 1771, Bibl. nat., F. 210, ch. XVIII : de l'interprétation des lois, n. 15 : Comment les lois s'abrogent.

(2) *L. c.*, ch. XVII. Des coutumes et des libertés de l'Eglise gallicane, n. 2.

(3) Prologue du chapitre XVII du *Traité des lois ecclésiastiques dans leur ordre naturel*; première partie : de la juridiction ecclésiastique.

« Il y a certains usages dans le royaume qui ne tirent leur origine, que d'une grâce spéciale du pape, comme l'indult accordé aux officiers du Parlement de Paris; mais, quand le pape a une fois accordé des grâces de cette nature, qu'elles ont été acceptées du consentement du roi, et que l'Eglise gallicane s'y est soumise, le pape ne peut plus les révoquer seul, parce qu'elles font alors partie des lois et des coutumes du royaume » (1).

Louis de Héricourt se trompe : le pape n'a pas à être soumis, en aucune hypothèse, au jugement de l'Eglise universelle, et il demeure maître des grâces qu'il a concédées, même si elles ont été enregistrées par le Parlement. La coutume même ancienne n'échappe pas au contrôle du souverain pontife. L'opinion émise par Héricourt est contraire à tout ce qui a été dit par les canonistes, depuis Panormitanus tout au moins.

Mieux vaut s'en rapporter à Schmalzgrueber (2), de quelques années plus âgé que Héricourt, pour connaître avec exactitude les grands principes de l'Eglise sur la coutume dans le droit canonique.

Le traité de Schmalzgrueber a pour titre : *Jus ecclesiasticum universum*, le Droit ecclésiastique universel. Ce traité n'est pas un exposé théorique des questions controversées; c'est un manuel pratique qui donne la réponse la plus communément admise et élimine toutes les discussions techniques. Schmalzgrueber résume merveilleusement l'enseignement de ses prédécesseurs, mais sur un point particulier il les a, en quelque façon, tous surpassés.

Schmalzgrueber résume merveilleusement l'enseignement de ses prédécesseurs.

En effet, il définit d'abord la coutume : un droit qui oblige à faire ou à omettre quelque chose, ou qui permet de faire quelque chose, droit introduit par l'usage continu, libre et public d'une communauté, et approuvé de celui qui a la charge de cette communauté, et approuvé de celui qui a la charge de cette communauté. *Consuetudo* (est) *jus ad aliquod faciendum vel omittendum obligans, vel etiam aliquid permittens, introductum diuturno, libero et publico communitalis usu, approbanle illo qui curam habet illius communitalis* (l. c., n. 1). — Puis, il admet l'existence de la coutume conforme à la loi, qui, grâce à l'usage, confirme ou même interprète une loi déjà édictée : c'est en vertu de la seule coutume, dit-il, et par voie interprétative, que la loi du jeûne quadragésimal n'est

(1) *Les lois ecclésiastiques* : ch. XVII, n. 7. La doctrine de Héricourt a été condamnée par la bulle *Auctorem fidei* de Pie VI, du 28 août 1794 (Denzinger-Bannwart, *Enchiridion*, n° 1598).

(2) François Schmalzgrueber, né en 1663 à Griesbach (Haute-Bavière), entra dans la Compagnie de Jésus et fut successivement professeur à Ingolstadt, puis à Dollingen. Il mourut en 1735. Les citations qui sont faites renvoient à l'édition de Rome, 1843, et au premier des douze volumes in-4° qui renferment le *Jus ecclesiasticum universum* de Schmalzgrueber.

pas rompue par le fait de prendre quelque boisson ou une petite quantité de nourriture, tandis que le jeûne requis pour la sainte Eucharistie serait rompu par l'un ou par l'autre de ces faits. — Il déclare que c'est au juge qu'il appartient de décider, d'une part, si le nombre des actes posés suffit pour introduire valablement une coutume et, d'autre part, si la coutume est raisonnable (*l. c.*, n. 2). — En ce qui concerne la nécessité du consentement du peuple, il affirme : le consentement tacite du peuple est requis; car c'est par des actes posés par la communauté, ou par la majeure partie de la communauté, que la coutume est introduite; il faut que ces actes aient été posés par des personnes capables de faire ou de recevoir une loi, et cela, d'une façon uniforme, sciemment et non par erreur, en public, dans l'intention d'introduire une obligation (*l. c.*, n. 14). — En ce qui concerne les effets de la coutume, il insiste surtout sur le fait que la coutume peut annuler certains actes (*l. c.*, n. 24), puis sur la puissance qu'une coutume a d'en abroger une autre (*l. c.*, n. 38). — Enfin, relativement à la preuve de la coutume, il enseigne que c'est à celui qui allègue la coutume d'en établir la preuve, sauf le cas où la coutume est notoire et celui où la coutume a trait à la procédure même du litige. Il ajoute que deux témoins au moins sont requis pour faire la pleine preuve d'une coutume, et qu'un seul témoin ne constitue même pas une preuve semi-pleine de l'existence d'une coutume, à moins qu'il ne s'agisse d'une coutume antique, auquel cas le témoignage d'un seul peut constituer une preuve semi-pleine, c'est-à-dire autoriser le juge à déferer le serment à ce témoin (*l. c.*, n. 33-36). — Toutes ces règles sont rappelées et formulées par Schmalzgrueber avec une précision telle que son traité peut être proposé comme un modèle de manuel pratique.

Mais le grand principe, qui établit en quelque façon Schmalzgrueber au-dessus des autres canonistes du XVIII^e siècle et de Reiffenstuel lui-même, le principe sans cesse sous-jacent dans tout ce traité de la coutume, celui qui vraiment inspire toute la série des solutions données, c'est celui-ci : « c'est le consentement du souverain, consentement personnel ou légal, qui constitue essentiellement la coutume au point que, sans lui, la coutume ne saurait, ni naître, ni prendre consistance, ni triompher du droit ». Schmalzgrueber revient sans cesse sur la nécessité de ce consentement, comme il est facile de s'en convaincre :

Si une communauté placée sous l'autorité d'un supérieur peut cependant introduire une coutume, c'est parce que cette communauté introduit la coutume, non pas comme une loi émanant d'elle, *non ut legem suam*, mais en raison du consentement légal du souverain, consentement qui confère force de loi à la coutume, *sed principis ex cujus consensu legali vim habet* (*l. c.*, n. 3, in fi.).

Si, par ailleurs, une coutume est déclarée non raisonnable dès qu'elle ne peut être l'objet d'une loi, c'est parce que le consentement du légis-

lateur est requis pour toute coutume, et que ce qui ne peut être rendu licite et honnête par la volonté et l'approbation du législateur, au moyen d'une loi, ne peut être davantage rendu licite par une coutume (*l. c.*, n. 7, in fi.).

Dix ans suffisent pour qu'une coutume abroge la loi ecclésiastique; pourquoi? parce que la coutume qui abroge la loi ecclésiastique n'est pas contraire au bien de l'Église, mais favorise plutôt ce bien : car c'est par le consentement de l'Église que cette abrogation se produit. Et, en vérité, la coutume ne saurait, ni enlever, ni diminuer aucun des droits possédés antérieurement par l'Église, puisque le souverain pontife peut librement rétablir la loi abrogée par la coutume, dès que ce rétablissement lui paraît convenir au bien de l'Église (*l. c.*, n. 10).

De même, si dix ans suffisent pour qu'une coutume soit introduite, — que le législateur soit présent ou absent, — c'est parce que la coutume introduit l'obligation en raison du consentement général, donné une fois pour toutes, par le souverain au moyen d'une loi (*l. c.*, n. 11).

De même encore, si ce consentement général ou juridique suffit à son tour, c'est parce qu'il manifeste suffisamment la volonté du souverain. En effet, tout souverain ou tout législateur peut parfaitement établir par une loi que, toutes les fois que le peuple aura observé avec continuité une coutume raisonnable pendant dix années, cette coutume sera reçue comme loi (*l. c.*, n. 15).

Veut-on savoir maintenant pourquoi la coutume d'une cité ne peut obliger les habitants d'une autre cité? c'est parce que le souverain est présumé ne vouloir obliger par la coutume que la seule communauté qui l'a introduite (*l. c.*, n. 18).

Aussi bien voici qui est plus surprenant : si, même en matière ecclésiastique, les simples laïques peuvent introduire une coutume, par exemple un empêchement dirimant le mariage, c'est parce qu'ils ne le font qu'en vertu du consentement du pontife qui a attribué, d'une manière générale, force de loi à toute coutume légitimement introduite (*l. c.*, n. 30).

Si enfin une coutume peut être abrogée par une loi, c'est parce que, toute la force de la coutume provenant de la volonté au moins tacite du législateur, si celui-ci vient à prendre une disposition contraire à la coutume, toute force manque à la coutume (*l. c.*, n. 37).

Toujours, partout, le même principe se retrouve dans Schmalzgrueber. C'est le consentement du législateur, son consentement personnel ou le consentement juridique, qui confère, à lui seul, force juridique à la coutume. Tandis que, pour Reiffenstuel, le peuple demeurerait la cause efficiente de la coutume, dans Schmalzgrueber, le peuple n'a plus de part juridiquement définie dans la formation de la coutume : il ne fait plus que proposer au souverain la matière de la loi. Chez Reiffenstuel, la

coutume constituait encore un droit démocratique; avec Schmalzgrueber, la coutume devient un droit aristocratique au premier chef. Sous ce rapport Schmalzgrueber rejoint Suarez, plus et mieux que ne l'avait fait Reiffenstuel.

En résumé, dans le premier quart du XVIII^e siècle, la coutume est considérée avec faveur, tant par Reiffenstuel que par Schmalzgrueber, au point que tous deux n'exigent qu'une durée de dix ans pour qu'une pratique contraire à la loi triomphe de cette loi, et cela, même dans le droit canonique. Bien plus, Reiffenstuel ose encore écrire *sans aucune atténuation* que c'est le peuple qui est la cause efficiente de la coutume.

De telles affirmations suffisent à démontrer que le XVIII^e siècle ne reproduit pas servilement la théorie du XVII^e siècle sur la question de la coutume ecclésiastique : même sur cette question, il semble que le naturalisme ait exercé son action, en élargissant les conditions de validité de la coutume jusque dans le droit de l'Église. Et ce mouvement d'élargissement est d'autant plus à signaler qu'il ne se maintiendra pas longtemps.

Le XIX^e siècle, dans l'étude duquel il convient d'entrer puisqu'aucun canoniste de marque n'illustre la seconde partie du XVIII^e siècle, réserve en effet de véritables surprises.

CHAPITRE VII

LA THÉORIE DE LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DURANT LE XIX^e SIÈCLE

La théorie interprète rigoureusement la doctrine émise
au XIII^e siècle, sauf en ce qui concerne la prescription.

Durand de Maillane (1729-1814). — *Puchla* (1798-1846). — *Phillips*
(1804-1872). — *Bouix* (1808-1870). — *Goussel* (1792-1866).

Dès la fin du XVIII^e siècle et le début du XIX^e siècle, Durand de Maillane (1), avocat au Parlement d'Aix, rappelle que « la plus commune opinion est qu'il faut quarante ans pour prescrire contre une loi ecclésiastique dont les effets ne blessent ni la foi ni les bonnes mœurs ni, par conséquent, la raison et le droit naturel ». Mais Durand de Maillane, dont les ouvrages sont, eux aussi, entachés de gallicanisme, ne mérite d'être signalé (2) que par la définition heureuse et synthétique qu'il propose de la rationabilité de la coutume : « une coutume en général est censée raisonnable, écrit-il, quand elle n'est réprouvée, ni par le droit divin, ni par le droit naturel, ni par le droit canonique, et qu'elle est de nature à ne pouvoir ni induire le mal ni porter préjudice au bien général de la société, dans lequel cas elle ne saurait jamais avoir force de loi; mais il suffit que, sans produire aucun de ces effets, elle puisse être tant soit peu utile pour telle ou telle autre considération » (3).

(1) Pierre-Toussaint Durand de Maillane, canoniste, né à Saint-Remy en Provence (1729-1814), fut député aux Etats-Généraux, à la Convention et au Conseil des Anciens. Voici le titre de ses principaux écrits : *Dictionnaire du Droit canonique; Institutes et Histoire du Droit canonique; Les libertés de l'Eglise gallicane*.

(2) Il faut noter toutefois la traduction fort élégante que Durand donne de l'expression la coutume *præter legem*, il l'appelle la coutume qui « passe le droit », et il la distingue de la coutume *secundum legem* et de la coutume *contra legem*.

(3) *Dictionnaire de Droit canonique et de pratique bénéficiale conféré avec les maximes et la jurisprudence de France, c'est-à-dire avec les usages et libertés de l'Eglise gallicane, les Pragmatiques et les Concordats*, Lyon, chez Benoît Duplain, 1770, 4 vol. in-4^o, premier volume, au mot : coutume (Bibl. nat., E. 2386). — Voici une des professions de foi gallicane de Durand de Maillane : « Les libertés mêmes de

Quatre témoins principaux seront donc seuls entendus parmi tant d'autres qui auraient pu l'être, — le XIX^e siècle est riche en érudits de tout genre, — sur la question de la coutume dans le droit canonique au cours du XIX^e siècle : d'abord, un membre de l'Église réformée Puchta; puis, un protestant converti, Phillips; ensuite, un prêtre, ancien membre de la Compagnie de Jésus, Bouix; enfin, un cardinal de l'Église romaine, Monseigneur Gousset : une enquête vraiment sérieuse suppose qu'on prend des témoins dans des milieux aussi différents que possible, du moment qu'ils sont bien informés et de bonne foi, et, si les dépositions de ces témoins, pris dans des milieux divers, sont concordantes, la conclusion qui se dégage de l'ensemble de ces témoignages a d'autant plus de valeur. Or c'est ce qui se réalisera pour la question de la coutume dans le droit canonique durant le XIX^e siècle.

C'est dans son traité fort célèbre, « das Gewohnheitsrecht, le droit coutumier » (1), publié à Erlangen en 1828, que Puchta examine la question des rapports du droit coutumier et de l'Église catholique; il le fait, principalement, en deux endroits de son ouvrage : dans le deuxième paragraphe du troisième chapitre du livre second, et dans le quatrième chapitre du livre quatre. A la vérité, Puchta ne fait qu'appliquer au droit canonique les principes de l'école historique allemande fondée par Savigny (2) : pour les partisans de cette école, en effet, le droit coutumier est avant tout un produit de la conviction nationale; comme le dit Schulte (3), la coutume n'est que la manifestation de ces

l'Église de France en général ne sont proprement que des coutumes et des anciens usages... Les Ultramontains en ont fait mal à propos un sujet de critique en demandant où étaient les titres de ces libertés. On leur a répondu qu'ils étaient dans les anciens canons et dans les coutumes aussi respectables par leur antiquité que par leur éloignement de tout ce qui peut blesser la foi et les bonnes mœurs ». Durand de Maillane oublie que la coutume, pour avoir force juridique, doit être munie du consentement du législateur.

(1) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1 vol. in-8° (2 parties), 1828, Bibl. de la Faculté de Droit, n° 28.851. — Georges-Frédéric Puchta naquit le 31 octobre 1798 à Kadolzburg en Franconie, fit ses études à Erlangen, professa successivement à Munich, à Marbourg, à Leipzig et à Berlin. Dans cette dernière ville, il fut nommé, en 1844, conseiller à la Cour de cassation et, en 1845, membre du Conseil de Législation. Il mourut le 8 janvier 1846. Puchta sut comprendre le droit romain jusque dans ses ressorts les plus secrets et il l'a présenté dans sa magnifique unité.

(2) Frédéric-Charles de Savigny (1779-1861) est le plus grand jurisconsulte et historien du droit qu'ait produit l'Allemagne. Il est vrai que Savigny n'a pas composé d'ouvrages spéciaux sur le droit canonique, mais dans le tome II de sa grande *Histoire du Droit romain* (de la page 274 à la page 318), il a consacré un chapitre à l'étude du droit romain dans le clergé.

(3) Schulte, *Das Kätolische Kirchenrecht*, 1860, p. 210-214. C'est en s'efforçant de concilier la théorie de Puchta avec les principes du droit canonique que Schulte s'exprime de cette façon. — On trouverait les mêmes vues dans les ouvrages suivants : Scheurl, *Zeitschrift für Kirchenrecht*, années 1862-1863; Richter : *Kirchen-*

règles nombreuses qui se forment par un usage constant; elle a son principe et sa force dans la conviction commune de ceux qui l'appliquent et sont persuadés de sa nécessité. Puchta n'est donc que le porte-parole de son école, quand il expose sa théorie, laquelle peut se résumer en ces deux propositions apparemment contradictoires : 1^o l'Église catholique n'a pas de droit coutumier et elle ne pouvait en avoir; 2^o l'Église catholique ne peut admettre que des pratiques ou coutumes revêtues de certaines qualités. Ces deux propositions, la seconde surtout, demandent à être développées.

Première proposition: l'Église catholique n'a pas de droit coutumier et elle ne pouvait en avoir. — Le droit coutumier c'est, en effet, selon Puchta, un droit qui sort du peuple, qui en sort immédiatement et qui se manifeste par l'usage populaire; le droit coutumier a un motif interne qui le caractérise et l'empêche d'être confondu avec tout autre droit; ce motif interne, c'est la conviction juridique nationale, c'est la conscience populaire commune, c'est la volonté de tous, sans distinction de gouvernants et de gouvernés, décrétant d'un commun accord, — encore que cet accord reste secret, — que telles et telles dispositions sont obligatoires. Contrairement à ce qu'on serait tenté de croire, ce n'est donc pas du tout la coutume qui forme et crée le droit coutumier; bien au contraire : la coutume est un produit du droit coutumier; elle n'en est même qu'un des modes de manifestation. Il peut donc y avoir des coutumes sans droit coutumier. Or c'est précisément ce qui s'est produit dans l'Église catholique. — Mais pourquoi l'Église catholique n'a-t-elle pas de droit coutumier proprement dit, se demande Puchta? La réponse est péremptoire : la constitution de l'Église s'oppose à la formation d'une conviction juridique nationale; de par sa mission même, l'Église s'adresse à tous les peuples; elle supprime les limites entre nations. Aussi, même dans le cas où, par hypothèse irréalisable, l'Église et l'État viendraient à avoir mêmes limites et mêmes sujets, il y aurait toujours une distinction radicale qui les empêcherait de se confondre : la conscience religieuse, qui unit les membres de l'Église entre eux, n'est pas une conscience ou conviction « naturelle » reposant sur « la parenté naturelle des esprits et partant nationale »; la conscience religieuse, qui unit les membres de l'Église entre eux, est une croyance « surnaturelle » qui leur est proposée et imposée par le Christ, Sauveur du genre humain. En conséquence, un droit coutumier catholique ne peut se former; il serait un non sens. Si l'Église avait favorisé le droit coutumier, cela

reché, 1884, contre Kreutzwald : *De canonica juris consuetudinarii præscriptione, disertario inauguralis*, Berlin, 1873. — Brie, *Die Lehre von Gewohnheitsrecht, eine historisch-dogmatische Untersuchung*, 1 vol. in-8°, Breslau, 1899. (Cet essai est particulièrement intéressant à consulter.) — O. Reich : *Die Entwicklung der kanonistische Verjührungslehre von Gratian bis J. Andrea*, 1908.

aurait été de sa part une inconséquence irréfléchie : l'Église doit être universelle autant que la religion même; c'est pourquoi elle s'est efforcée de tout temps d'échapper aux influences nationales.

Seconde proposition. — Mais s'il ne peut y avoir de droit coutumier proprement dit dans l'Église, du moins en ce qui concerne les questions vraiment ecclésiastiques (1), *l'Église catholique peut admettre et a, de fait, admis comme valables des pratiques ou coutumes revêtues de certaines qualités.* La coutume ou *consuetudo* n'est pas en effet, continue Puchta, particulière au droit coutumier; la coutume ou *consuetudo* désigne toute pratique ancienne dont la longévité atteste la légitimité; une telle pratique peut même exister dans le droit légal, et c'est dans ce sens que le droit romain prescrivait aux gouverneurs de se reporter aux coutumes provinciales; c'est dans ce sens aussi que les textes canoniques prescrivent avec force le respect des usages. L'usage et le droit coutumier ne sont pas, en effet, une seule et même chose, contrairement à ce que pense Walter (2) qui a osé soutenir que le droit coutumier était particulièrement favorisé par l'Église catholique. Non; l'usage que favorise le droit canon est tout autre que celui qui a pour source la conscience populaire commune.

Mais, dès lors, une question se pose : quel est le fondement juridique de l'usage reconnu comme valable par l'Église quand il est revêtu de certaines qualités? Puchta étudie avec soin cette question. — Pour lui, la validité des usages reconnus par l'Église repose, soit sur les prescriptions divines, soit sur le droit d'autonomie de l'Église, soit sur le droit d'autonomie des corporations ecclésiastiques. Tout d'abord, l'Église et les institutions ecclésiastiques sont l'œuvre d'une organisation toute divine, et ce sont les prescriptions divines qui constituent la source principale du droit canonique; le Christ a donc pu donner oralement des comman-

(1) Puchta admet que, dans les matières mixtes, c'est-à-dire dans les questions connexes aux questions ecclésiastiques, par exemple, celle des donations, la conviction juridique nationale a pu jouer un certain rôle; ainsi l'Église a pu reconnaître certains précédés valables dans la société civile et les incorporer dans sa propre législation.

(2) Walter, *Kirchenrecht*, 3^e édition, § 179. Selon Puchta ce qui a été écrit de mieux sur la *Consuetudo* et l'*Observantia ecclesiastica* se trouve dans Just Henning Böhmer : (*Jus ecclesiasticum Protestantium*, 1738, in-4^e, lib. 1, tit. 4). Néanmoins Böhmer n'aurait pas su distinguer mieux que Walter, Droste († 1832), Hülshoff et Sauter († 1817) le vrai caractère du droit coutumier dont se distingue radicalement la coutume ecclésiastique. La confusion n'est pas nouvelle d'ailleurs, ajoute Puchta. Au Moyen Âge déjà, on confondait à tort la coutume dans le droit canon et la coutume dans le droit civil. Gratien dans son *Décree*, les glossateurs et les post-glossateurs dans leurs commentaires transposent les notions propres à la coutume dans le droit séculier à la coutume dans le droit canonique; ils le pouvaient d'autant plus aisément que les légistes n'avaient pas encore fait ressortir le contraste existant entre la constitution de l'Église et le principe qui sert de base au droit coutumier. Prosper Fagnanus lui-même se ne montre pas un canoniste de pure race (Puchta, § 1, IV^e ch., IV^e livre).

dements à ses disciples; ces commandements ont donné naissance aux traditions divines. Puis, en dehors des ordres prescrits par lui en vue de la doctrine et de la pratique, le Christ a donné à ses Apôtres et à leurs successeurs le droit de gouverner la société fondée par lui; l'Église a donc un droit d'autonomie pour s'organiser comme elle l'entend, pourvu qu'elle demeure fidèle aux prescriptions divines; de là, une nouvelle source de pratiques légitimes et louables. Enfin, des communautés particulières ont pu se former avec l'autorisation du chef de l'Église et sous sa dépendance : à côté des chefs, législateurs de l'Église, les membres de l'Église ont l'autorisation de produire un certain droit autonome; de là, un certain nombre de coutumes ont pu se former tant dans les églises nationales et provinciales que dans les corporations particulières : aussi l'Église confond-elle volontiers, sous le nom d'observances, les coutumes ecclésiastiques et les statuts. Le fondement juridique de ces pratiques, ce n'est donc pas la conviction populaire nationale, mais bien l'ordre précis du Christ ou le droit d'autonomie conféré par lui à son Église et aux communautés qui se constitueraient sous son autorité.

Néanmoins toutes les pratiques des communautés ecclésiastiques n'ont pas, par elles-mêmes, force juridique. Pour que ces pratiques soient reçues dans l'Église, il faut qu'elles réalisent certaines conditions. *Quelles sont ces conditions*, se demande dès lors Puchta? Elles sont au nombre de deux, répond-il brièvement : *la longueur de l'usage et sa rationalité*.

La longueur de l'usage d'abord. Le droit romain n'exigeait pas une durée de temps déterminée pour qu'un usage soit juridiquement valable; la répétition constante d'une pratique suffisait, sans autre condition de durée, pour faire admettre l'existence d'un accord secret du peuple et pour rendre l'usage obligatoire. Il n'en est pas de même dans l'Église, affirme Puchta. Le droit canon, en parlant de *coutume légitimement prescrite*, exige des pratiques qui lui sont opposables une durée déterminée. On ne peut en effet prétendre que, en parlant de coutumes légitimement prescrites, le droit canon n'ait eu en vue que des droits subjectifs et particuliers, et non des droits proprement objectifs et opposables à tous; car la question de l'élection des évêques, celle aussi de l'autorité que possède un évêque avec ou sans l'intervention de son chapitre, celle encore de la possibilité pour un monastère de se choisir un prélat parmi les religieux d'un autre couvent, voilà certes des questions qui soulèvent au premier chef des règles juridiques proprement dites. L'expression *coutume légitimement prescrite* ne peut donc pas s'entendre dans un sens autre que celui de coutume ayant une durée déterminée. — De plus c'est une durée de quarante ans, ajoute Puchta, que la pratique ecclésiastique doit avoir pour constituer une coutume vraiment prescrite, et cela, pour un motif externe d'abord, pour un motif

interne ensuite. — Pour un motif externe d'abord : au Moyen Age, les juristes étaient d'accord pour exiger que la pratique coutumière ait une durée déterminée, et ils imposaient à la coutume les règles de la prescription du droit civil. Or les canonistes du Moyen Age ont pensé de même, et, comme la prescription contre l'Église était dès cette époque de quarante ans, ils ont fixé à quarante ans la prescription contre les canons de l'Église (1). — Pour un motif interne ensuite : l'Église a le culte de ce qui est ancien, et cela, depuis son origine et par le fait même de son origine; aussi cherche-t-elle à attribuer aux institutions nouvelles elles-mêmes l'origine la plus ancienne possible. Dès lors, si l'existence d'une règle opposée au droit commun apparaît, l'Église, si cette règle porte sur des points susceptibles de variations, pourra l'autoriser en faisant appel à un accord secret des membres de la communauté; mais, à une condition toutefois, c'est que cette modification au droit commun soit d'origine ancienne et confirmée par une longue durée. Or, comme la prescription de quarante ans était alors en usage, c'est ce laps de temps qui a été exigé par les canonistes du Moyen Age pour qu'une coutume puisse être dite légitimement prescrite (2).

Mais la longueur de l'usage ne saurait suffire pour qu'une pratique obtienne force de loi : à la longueur de l'usage elle doit joindre la *raisonnabilité*.

Qu'est-ce donc qu'une coutume raisonnable, examine maintenant Puchta? Par ces mots, on entend ordinairement qu'une coutume ne doit pas contredire un principe supérieur; mais, puisqu'ici il s'agit de coutume contraire au droit commun, ce sens ne peut être admis, ou, du moins, il demande à être précisé. Une coutume, en effet, ne peut s'établir contre les ordonnances du droit commun qui sont elles-mêmes conformes à la nature des institutions ecclésiastiques, — mais qui ne sont pas les seules à pouvoir être conformes à la nature de ces institutions, — qu'autant qu'elle-même respectera l'esprit de ces institutions. Une

(1) En réalité, constate Puchta, les canonistes modernes ont passé outre à la condition de la prescription et ont maintenu les principes du droit civil qui n'exige pour la validité de la coutume aucun laps de temps déterminé.

(2) Il n'en est pas de même chez les Protestants, remarque Puchta : pour eux, l'ancienneté d'une institution ne la légitime pas; on peut même, à juste titre, se défier davantage d'une institution ancienne que d'une institution nouvelle si l'époque, à laquelle cette institution dite ancienne a pris naissance, est reconnue comme indifférente au point de vue de la vie chrétienne. Dès lors, puisque la longue existence d'une règle de droit n'offre en soi pour l'Église protestante aucune garantie de perfection, on ne peut justifier l'exigence d'une longue durée pour la coutume à introduire que de la même manière dont on la justifie dans le droit civil. Et auparavant (§ 2 du même chapitre IV, du livre IV), Puchta avait déjà déclaré : chez les Protestants tout ce qui concerne le gouvernement de l'Église dépend de l'autorité laïque; il peut donc y avoir, et il y a en fait, chez les Protestants un véritable droit coutumier.

coutume raisonnable dans le droit canonique, c'est donc une coutume qui respecte la nature des institutions ecclésiastiques.

En d'autres termes, conclut Puchta, pour qu'une coutume puisse obtenir force juridique dans le droit canonique, il faut, d'une part, qu'elle ne dépasse pas les limites du droit d'autonomie que possèdent les communautés chrétiennes et, d'autre part, qu'elle soit prescrite et respecte la constitution de l'Église, les institutions canoniques, *instituta canonica*, expression qui rappelle que, à l'origine, les institutions ecclésiastiques étaient considérées comme immuables : le mot canon, d'où est dérivé l'adjectif canonique, éveille en effet l'idée d'invariabilité; et c'est, parce que la violation secrète des principes ecclésiastiques était plus à craindre que leur violation formelle, que l'Église a pris soin de veiller à ce que la coutume ne puisse violer les fondements mêmes sur lesquels le Christ l'avait établie, et a exigé de la coutume qu'elle fût raisonnable, c'est-à-dire conforme aux institutions canoniques.

Puchta termine son traité sur cette observation qui ne manque certes pas de finesse. Jamais encore une définition de la rationabilité de la coutume n'a paru aussi judicieuse, aussi conforme à l'esprit du Christianisme.

Est-il besoin d'ajouter que, selon Puchta, l'Église catholique a toujours envisagé la coutume avec défiance, même dès le Moyen Âge, c'est-à-dire dès le moment où elle s'est détachée du pouvoir séculier et constituée en société ayant sa législation indépendante. Puchta est, il est vrai, plus philosophe qu'historien. Néanmoins ses considérations ne sauraient être rejetées; elles renferment une part de vérité indéniable, et son idée, que l'Église tient compte de l'accord secret des fidèles dans sa législation, est d'autant plus à retenir qu'il n'a pas craint de déclarer que l'Église ne pouvait avoir de droit coutumier proprement dit, faute de pouvoir favoriser la formation d'une conviction juridique nationale.

Puchta a d'ailleurs un émule dans son contemporain Phillips (1). Comme Puchta, Phillips a écrit en allemand. Il est né, en effet, à Kœnigsberg en 1804. Son traité a pour titre : *Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, et c'est, dans le deuxième chapitre du livre second

(1) Georges Phillips, né à Kœnigsberg, en 1804, de parents anglais, suivit à Berlin le cours de Savigny et à Göttingen celui de Eichhorn. Il professa le droit à Berlin, puis à Munich; fut élu député au Parlement de Francfort, et fut successivement professeur à Innsbruck et à Vienne. Il se décida à prendre un congé en vue de terminer ses travaux et se retira dans une maison de campagne près de Salzbourg. Fils d'un père appartenant à l'Église épiscopale d'Angleterre et d'une mère presbytérienne, il épousa en 1827 une jeune luthérienne de Berlin. Or tous les deux entrèrent dans l'Église catholique en 1828. Phillips est mort en 1872. Aucun ouvrage d'ensemble n'a surpassé ses traités; son *Kirchenrecht* qui comprend sept volumes est malheureusement inachevé.

de son troisième volume, qu'il envisage le *droit non écrit* (1). Avant de répondre aux quatre questions classiques que pose le problème de la coutume : *Quelles sont les diverses espèces de coutumes? Quelles sont les conditions canoniques des coutumes en général? Q'est-ce qu'une coutume légitimement prescrite? Qu'est-ce qu'une coutume raisonnable?* Phillips montre comment l'Eglise catholique a été amenée à prendre position vis-à-vis des droits coutumiers nationaux qui existaient autour d'elle.

Au moment de sa diffusion dans le monde, constate-t-il, l'Eglise s'est trouvée en présence, et du droit romain, et du droit germanique : ce sont ces deux droits qui ont joué le plus grand rôle dans la formation du droit ecclésiastique. Mais ces deux droits étaient parvenus, au point de vue du droit coutumier, à un développement bien différent : le droit germanique était demeuré exclusivement national, et la religion, malgré bien des modifications, en était restée la base ; un même mot d'ailleurs désignait l'alliance et le mariage « *ehe* ». Le droit romain au contraire était devenu beaucoup plus large : les coutumes étrangères y avaient trouvé place tout comme les dieux étrangers. Aussi n'était-ce plus que, en pure théorie, que l'on pouvait encore soutenir que c'était le peuple romain qui était l'auteur du droit coutumier, de même que c'était lui qui faisait les lois de l'empire par l'organe de l'empereur à qui il avait délégué ses droits. — Rien n'empêchait donc l'Eglise de s'emparer des prescriptions générales du droit romain sur la coutume et de se les assimiler en les modifiant au besoin. C'est ce qu'elle fit. Par contre, l'Eglise dut agir à l'endroit des coutumes germaniques comme à l'endroit des diverses coutumes païennes : elle les supprima quand elles ne s'harmonisaient pas avec sa doctrine ou avec sa loi morale ; ainsi furent supprimées nombre de coutumes : l'exposition des enfants, la vente des esclaves aux étrangers, les mariages entre parents et alliés, notamment entre beau-fils et belle-mère, la dissolution du lien conjugal, l'interdiction des dernières dispositions au lit de mort, l'usage de s'emparer des héritages des personnes sans défense, le droit de rivage, les danses, les mascarades et autres jeux indécents. Parfois cependant, au lieu de supprimer purement et simplement la coutume païenne, l'Eglise s'est efforcée de la christianiser en faisant revivre l'idée originairement vraie qui avait présidé à sa formation première ; c'est ainsi que purent survivre l'ancienne consécration des armes, les combats judiciaires, la justification par serment, le droit d'asile. Et cette double attitude, l'Eglise l'a gardée

(1) *Du Droit ecclésiastique dans ses principes généraux* par Georges Phillips, professeur à la Faculté d'Innsbruck, traduit par l'abbé Crouzet, Paris, chez Lecoffre, 1851, 3 vol. in-8°. Toutes les citations qui seront faites dans ce chapitre sont extraites de cette traduction et renverront au troisième volume, en indiquant seulement le numéro du paragraphe. Ne pas confondre cet ouvrage en trois volumes avec celui du même auteur qui a pour titre : *Du Droit ecclésiastique dans ses sources*, 1 vol. in-8°.

vis-à-vis de chaque droit coutumier national; d'une part, elle a condamné les coutumes en opposition avec la morale chrétienne, comme les tournois, les duels, les combats de taureaux, la traite des esclaves, l'usage qui affectait les gains de la femme à l'extinction des dettes du mari, comme celui qui permettait à l'épouse adultère de revendiquer la moitié de la fortune de son époux; d'autre part, elle a reconnu certaines coutumes nationales susceptibles d'être vivifiées par l'idée chrétienne (Phillips § CLVIII).

En résumé, l'Église catholique n'a pu accepter aucun droit coutumier national comme source de son propre droit : mais elle a pu s'emparer de telles ou telles pratiques coutumières particulières, dès lors qu'elles reflétaient encore, ou étaient du moins susceptibles de refléter à nouveau, quelque chose de la loi divine primitive; car le droit coutumier n'a pas pour source unique la conscience individuelle; il peut également avoir pour principe la conscience humaine reflétant la loi divine primitive, et c'est le cas de dire que le droit coutumier national n'aurait dû avoir d'autre raison d'être que d'étendre dans la pratique la loi divine, ou de régler les choses indifférentes non envisagées par cette loi dans le sens même de cette loi. Chaque fois donc que l'Église s'est décidée à accepter ou à consacrer une coutume, c'est, d'une part, que cette coutume était une pratique présentant toutes les garanties nécessaires, et, d'autre part, qu'elle reflétait quelque chose de la loi divine en raison de son antiquité (Phillips § CLIX).

Phillips n'est pas aussi exclusif que Puchta; il admet que, dans certaines conditions déterminées, l'Église peut avoir un véritable droit coutumier. Est-ce à dire cependant qu'il laisse une large place à la coutume dans la législation de l'Église? Non, et c'est ce qui ressortira clairement de l'étude de chacune des quatre questions que Phillips s'est proposé de traiter.

En premier lieu, quelles sont les différentes espèces de coutumes reçues dans l'Église? Il y a trois espèces de coutumes, répond Phillips, la coutume selon la loi, *secundum legem*, la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, la coutume contraire à la loi, *contra legem*.

Contrairement à Suarez, Phillips admet la coutume conforme à la loi, et il déclare même que cette espèce de coutume tient la première place parmi les autres : la partie la plus importante et qui est comme le fond du droit coutumier ecclésiastique, affirme-t-il, ce sont les coutumes dont l'objet ne tend qu'à la réalisation pratique des lois divines d'abord, puis des lois émanées des autorités ecclésiastiques... Tout le christianisme doit être la mise en œuvre de la doctrine du Sauveur dans les actes des hommes; cette doctrine, ayant l'Église pour organe, doit passer tout entière dans les mœurs, dans les habitudes, dans les traditions des chrétiens. Les coutumes ne doivent pas avoir un autre but; la plupart

doivent être nécessairement des coutumes conformes à la loi, *secundum legem*. Les coutumes de l'Église universelle sont celles qui se rattachent aux prescriptions de la sainte Ecriture; puis la coutume a pour objet l'application des traditions apostoliques, si intimement liées avec la tradition divine, et l'application des traditions simplement ecclésiastiques; la coutume procède des unes et des autres. Il faut noter toutefois que, tandis que les coutumes qui s'appuient sur les traditions divines sont immuables, celles qui ne font qu'appliquer à la pratique les traditions apostoliques et ecclésiastiques, peuvent subir des modifications et des changements.

Phillips ne méconnaît cependant pas l'existence de la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, encore qu'il considère cette seconde espèce de coutumes comme moins importante : « Quelqu'étendue et complète que soit la législation calquée sur le droit divin, comme néanmoins ses dispositions ne descendent pas dans tous les détails spéciaux, elle laisse le développement d'un grand nombre de points disciplinaires, soit à la législation particulière de chaque diocèse, soit à la pratique; et c'est ainsi qu'ont surgi les coutumes *præter legem*. Dans tous les monastères eux-mêmes, à côté des règles si complètes des divers ordres religieux, il existe encore certains devoirs particuliers, non moins obligatoires, et qui ne sont au fond que de simples coutumes. La grande diversité de ces coutumes particulières a sa source dans la diversité même du sens humain; mais elle peut aussi provenir, soit de la négligence, soit de la simplicité et de l'ignorance; au surplus cette diversité ne porte aucune atteinte à l'unité et à la beauté de l'Église, et elle n'est pas non plus une cause de trouble pour la paix et la charité qui doivent régner dans l'Église. Les évêques doivent donc maintenir et observer exactement les coutumes et les institutions en vigueur dans leurs diocèses; de même, les supérieurs et les membres des corporations religieuses ne doivent pas moins religieusement conserver les coutumes particulières de ces corporations et, notamment, ne pas supprimer, du moins arbitrairement, celles qui ne vont pas directement contre la règle de l'ordre. Il ne faut même rien moins qu'une nouvelle loi, non générale mais spéciale, pour abolir une coutume qui ne peut se concilier avec elle, à moins que la loi générale ne renferme la clause *non obstant toute autre coutume*.

Quant à la coutume contraire à la loi, *contra legem*, Phillips ne lui reconnaît qu'un domaine très restreint. Il discute même la question de savoir si de telles coutumes, qui dérogent à la loi, peuvent exister. A première vue, il semblerait qu'il faille répondre négativement à cette question, déclare-t-il : en effet, d'abord, le passage de la constitution l. 2, consuetudinis, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52, qui a pour auteur Constantin et a été inséré dans le Décret de Gratien, n'accorde à la coutume aucune autorité supérieure à la loi. — Puis, par le fait

même que la loi ecclésiastique repose sur un principe chrétien, toute coutume, qui lui est contraire, encourt le reproche d'être en opposition avec sa base divine et devrait être, semble-t-il, absolument repoussée. — Enfin, à ces considérations vient se joindre l'esprit de la bulle de Pie IV. *In principiis*, portant suppression de tous indults, privilèges, concessions, et, en même temps, de toutes coutumes qui pourraient être en désaccord avec le Concile de Trente. — Néanmoins ces raisons ne semblent pas concluantes, déclare Phillips : d'abord, la clause non obstant toute autre coutume, *non obstante quacumque consuetudine*, ne concerne que les coutumes existantes, et non celles à venir, et, conséquemment, elle ne saurait les exclure par elle-même. De plus, c'est un principe formellement reconnu dans les Décrétales, notamment par Innocent III (c. 8, *quum dilectus*, **X**, de consuetudine, I, 4), qu'une coutume dérogeante doit avoir force de loi quand elle peut être prouvée. Enfin, la constitution de l'empereur Constantin est reproduite dans les Décrétales de Grégoire IX (c. 11, *quum tanto*, **X**, de consuetudine, I, 4) et paraphrasée dans des termes qui, tout en limitant, il est vrai, les effets légaux de ce genre de coutumes par des réserves déterminées, leur laissent cependant une certaine valeur. C'est donc que la coutume peut déroger à la loi; mais c'est à titre exceptionnel, ajoute Phillips, pour des cas de peu d'importance, comme semble le dire Innocent III dans la décrétale *Quum dilectus* (c. 8, **X**, de consuetudine, I, 4); et la décrétale *Quum tanto* (c. 11, **X**, de consuetudine, I, 4) de Grégoire IX doit être entendue en ce sens. En tout cas, conclut Phillips, « nous poserons en principe général et rigoureux que nulle coutume dérogeante ne saurait prévaloir contre une loi absolue, concordant avec l'ensemble de l'organisme du droit de l'Église; ou imposant une prescription ou une défense fondée sur un motif de morale; dans de telles conditions la coutume est essentiellement contraire à la raison et ne peut, dans aucune hypothèse, acquérir force de loi » (Phillips § CLX).

C'est dire que pour Phillips le véritable domaine d'application de la coutume c'est l'extension de la loi : seule la coutume conforme à la loi, *secundum legem*, trouve vraiment grâce devant le juriste allemand, encore qu'il reconnaisse l'existence, tant de la coutume en dehors de la loi, *præter legem*, que de la coutume contraire à la loi, *contra legem*.

En second lieu, quelles sont les conditions canoniques des coutumes en général, se demande Phillips?

L'action déjà assez peu importante en elle-même que les coutumes exercent dans le domaine du droit ecclésiastique, constate Phillips, est encore restreinte par les conditions que ce même droit lui impose. La première de ces conditions, la plus rigoureusement exigée et avant toutes les autres, que la coutume complète la loi ou y déroge, dès lors qu'elle ne dérive pas du droit divin et n'en est pas simplement l'exten-

sion pratique, semblerait être que la coutume ne soit pas en opposition avec les vérités fondamentales du christianisme. Et, en effet, Jésus-Christ reprochait déjà aux Pharisiens de transgresser la loi divine pour suivre les traditions de leur secte (Matthieu XV, 3-6), et tous les anciens Pères, les conciles, les papes n'ont cessé de dire et de redire que l'usage qui n'était pas en harmonie avec la vérité devait être supprimé. De tous les textes ecclésiastiques des douze premiers siècles, il semble ressortir que la première condition, pour qu'une coutume puisse acquérir droit de cité dans l'Église, c'est qu'elle ne soit pas en opposition avec les vérités fondamentales du christianisme.

Et cependant, ce n'est pas sur cette première condition que paraît précisément insister la célèbre décrétale *Quum tanto* de Grégoire IX. Selon Grégoire IX ce n'est plus une seule condition, mais deux conditions que toute coutume, qui veut prévaloir contre une loi positive, doit réaliser : elle doit être raisonnable d'une part, légitimement prescrite d'autre part (1).

Mais ces deux conditions exigées par Grégoire IX suffisent-elles à leur tour et à elles seules? On peut se le demander avec juste raison, fait remarquer Phillips : car, selon les gloses (en particulier selon la glose du canon 8, frustra, *Gral.*, dist. VIII; et la glose du canon 6, consuetudinem, *Gral.*, dist. XI; et encore la glose de la décrétale 11, quum tanto, *X*, de consuetudine, I, 4), sept conditions au moins seraient donc requises pour qu'une coutume puisse juridiquement valoir; elle devrait, en effet, avoir subi l'épreuve d'un jugement contradictoire, et avoir été pratiquée sciemment, et dans l'intention précise de la rendre obligatoire dans l'avenir; son objet devrait être prescriptible; elle devrait justifier son nom par l'antiquité de son origine ainsi que par une pratique traditionnelle continue; elle devrait aussi ne point blesser l'équité naturelle; elle devrait encore avoir été introduite avec le consentement du législateur, et non par le fait d'une pure tolérance de sa part, encore moins à la faveur d'une erreur; enfin la plus grande partie de la population devrait être familiarisée avec cette coutume.

En vérité, qui donc a raison, se demande Phillips, ou des Pères de l'Église qui n'exigent, à proprement parler, qu'une condition pour qu'une coutume ait force juridique, à savoir sa conformité avec les vérités fondamentales du christianisme? ou de Grégoire IX qui veut que toute coutume soit, tout à la fois, raisonnable et légitimement prescrite pour

(1) A signaler la façon curieuse dont l'abbé Crouzet traduit la fin du chapitre 11, *quum tanto* : « Bien que l'antique coutume n'ait pas une médiocre autorité, elle ne peut aller cependant jusqu'à préjudicier à une loi, cette loi fût-elle purement positive, c'est-à-dire de droit humain, à moins qu'elle ne puisse invoquer en sa faveur une prescription accomplie dans les conditions exigées par la raison et par la loi » (Phillips, § CLXI, bas page 423 et p. 424).

triompher de la loi? ou des auteurs des diverses gloses qui ne craignent pas d'énumérer jusqu'à sept ou huit conditions, en dehors de la rationalité et de la prescription légitime, pour qu'une coutume obtienne force de loi?

Plusieurs des conditions requises par les auteurs des gloses sont défectueuses, remarque Phillips. En effet, pour ce qui concerne la nécessité prétendue d'un jugement contradictoire, on ne saurait exiger que, pour qu'une coutume soit introduite, elle ait été reconnue antérieurement par jugement contradictoire. Car de deux choses l'une : ou cette coutume est lettre morte avant la sentence du juge, et alors le juge ne saurait déclarer qu'elle a force de loi; ou elle est en pleine vigueur, avant toute sentence rendue par le juge, mais, dans ce cas, elle n'a nul besoin d'une reconnaissance judiciaire qui lui imprime le sceau de la loi. — De même, le consentement du législateur n'est nullement nécessaire pour qu'une coutume acquière force juridique; car, si Boniface VIII déclare que le pape garde tous les droits dans le sanctuaire de son cœur (c. 1, *licet romanus*, in-6°, de constitutionibus, I, 2), il ajoute lui-même, qu'il ne faut pas entendre par là, que la connaissance qu'il en a s'étend aux coutumes et statuts de chaque localité : ce sont là des faits particuliers qui ne peuvent pas être atteints par des lois générales qui ne les ont point spécialement en vue. — Enfin, pour ce qui est du consentement du peuple manifesté par l'acceptation de la majeure partie, il en est de cette condition, empruntée par la glose à la théorie de Julien, comme de la plupart des autres qu'elle énonce : cette condition et les autres sont implicitement contenues dans les deux seules conditions énumérées par Grégoire IX.

Aussi bien, les glossateurs eux-mêmes ont-ils fini par se ranger à ce système; Jean Semeca (1), l'auteur de l'énumération que nous avons reproduite, Barthélémy (2) et Bernard de Botone réduisent, en effet, les conditions constitutives de la validité de la coutume aux deux seules présentées par Grégoire IX comme suffisantes et indispensables : la rationalité et la prescription (Phillips, § CLXI).

Nous n'admettons donc que ces deux seules conditions comme obli-

(1) Jean l'Allemand, *Joannes Teutonicus*, ou Jean Zemeke, ou Sémeca, composa à Bologne, avant 1215, un *Apparatus* et la *Glossa ordinaria* du Décret de Gratien. Il professait encore à Bologne en 1227; il termina vers cette époque sa carrière professorale; il passa le reste de ses jours en Allemagne et mourut prévôt à Halberstadt en 1240 (Phillips, p. 124).

(2) Bartholomaeus Brixienensis ou Barthélémy de Brescia, contemporain de Grégoire IX, élève de Tancrede, reprit en sous-œuvre et compléta en 1236 la *Glossa ordinaria* de Jean Teutonicus. Il sut s'inscrire en faux contre les opinions d'autres glossateurs et inclinait de préférence vers les doctrines modérées. Il aurait trouvé la mort, dans un âge très avancé, au siège de Brescia (1258) et aurait été tué par l'ordre d'Ezzelino (Phillips, p. 125).

gatoires pour qu'une coutume ait force de loi, conclut Phillips. Mais dans quel cas une coutume peut-elle être dite prescrite d'une part, raisonnable d'autre part? voilà les questions qu'il importe d'étudier présentement avec soin.

En troisième lieu, reprend donc Phillips, que convient-il de penser de la prescription comme condition de la validité canonique des coutumes?

« La coutume dans le droit canon a toujours le caractère d'une pratique; elle résulte, en conséquence, naturellement et régulièrement, d'une suite d'actes homogènes. Pour formuler une règle précise et rationnelle, la loi devrait se baser, non sur tel nombre déterminé de ces actes, mais nécessairement sur tel laps de temps pendant lequel ils devraient s'être produits sans réclamation. Et tel est, en effet, le sens que le droit canon attache au mot prescription en matière de lois coutumières. On voit que ce mot n'est pas pris ici dans son acception usuelle. Ce serait donc une erreur complète, au point de vue du droit canonique, que d'établir une synonymie d'idées entre la coutume et la prescription; celle-ci court au profit de telle église ou de tel particulier, et peut avoir sa base dans le fait d'une personne qui, ayant un droit de plainte, néglige d'en faire usage; la prescription, dans ce cas, a conséquemment pour effet d'amoindrir les droits de la partie lésée, ce qui n'a point lieu pour la coutume. On peut donc rigoureusement dire, non comme Grégoire IX, que la coutume se prescrit, mais qu'elle prescrit contre la loi, et toute l'analogie, entre la prescription exigée pour la validité de la coutume et celle nécessaire pour l'acquisition ou la déchéance de droits privés, se réduit principalement à ce que l'une et l'autre supposent un certain intervalle de temps. »

Mais pourquoi l'Eglise, par analogie avec la prescription en matière de plainte, a-t-elle exigé un certain laps de temps pour la validité de la coutume? — « Le motif est facile à comprendre; en agissant ainsi, l'Eglise a suivi le principe universel en vertu duquel elle protégeait, dans les limites du droit, toutes les pratiques auxquelles l'antiquité conférait une certaine autorité... » — Un laps de temps est donc essentiellement requis.

Quel est ce laps de temps requis pour la prescription de la coutume? Le système le plus exact serait de prendre pour base, non un nombre déterminé d'années, mais uniquement la longue durée d'une coutume, en abandonnant l'appréciation de cette durée au jugement des autorités compétentes pour chaque cas particulier. C'était le sens donné par Constantin aux mots : *consuetudinis ususque longævi*, dans sa constitution (l. 2, *Cod.*, quæ sit longa consuetudo, VIII, 52). Mais Grégoire IX n'a pas voulu simplement reproduire d'une manière plus positive la pensée de Constantin. Le point de vue des juristes du XIII^e siècle était en effet tout différent : dès cette époque, l'expression : *coutume légitimement*

prescrita dut s'entendre dans le sens de coutume ayant une durée équivalente à un nombre d'années bien déterminé, comme il est facile de le montrer par les raisons qui suivent : d'abord la glose (celle du c. 11, *quum tanto*, **X.** de consuetudine, l. 4, et celle du c. 3, non est, in-6^o, de consuetudine, l. 4) et les anciens canonistes, en particulier Hostiensis, entendent cette expression dans ce sens que les coutumes dérogeantes prescrivent par une durée de quarante ans, ainsi que les plaintes de l'Eglise; puis, c'est le sentiment des légistes: Jason Magnus, par exemple, déclare : dix ans suffisent pour la prescription d'une coutume dont l'objet est de compléter la loi, mais, pour une coutume contraire au droit canon, il faut nécessairement quarante ans (Jason ad leg., de quibus, § 144); enfin, c'est ce laps de temps de quarante ans qui est requis par les prédécesseurs de Grégoire IX, par Innocent III, en particulier, tant dans les chapitres 3, *quum ecclesia Sutrina*, **X.** de causa possessionis et proprietatis, II, 12, et, 50, *Cumana*, **X.** de electione, l. 6, que dans le chapitre 25, *abbate*, **X.** de verborum significatione, V, 40. Tous ces passages sont clairs et décisifs, en dépit des discussions sans nombre dont ils ont été l'objet. L'idée maîtresse, qui se dégage des décrétales les plus authentiques, c'est qu'une coutume n'est légalement et légitimement prescrite que si elle a quarante ans de date et si on peut prouver qu'elle a cette durée. Il est d'ailleurs à remarquer que, pour établir cette preuve, le juge peut user de tous les moyens d'investigation à sa disposition : témoignages oraux et documents écrits sont également admissibles; à fortiori, peut-on invoquer une sentence rendue dans un jugement contradictoire en faveur de la coutume contestée (Phillips, § CLXII).

Toutefois, continue Phillips, partisan avéré de la prescription de quarante ans, aucun laps de temps ne saurait suffire si la coutume n'est pas raisonnable.

En quatrième lieu, que faut-il donc entendre par ces mots : coutume raisonnable?

La question de la rationabilité de la coutume est une question majeure, remarque d'abord Phillips: car le juge doit la résoudre dans les cas particuliers soumis à son tribunal; mais c'est aussi une question bien difficile à résoudre : car les canonistes ont émis sur ce point des opinions fort diverses et ont proposé de nombreuses définitions de la rationabilité de la coutume.

Avant toutes choses, constate donc Phillips, il convient de se demander ce qu'il faut entendre par la *raison*. Qu'est-ce que la *ratio*? « Dans les sources du droit canon, répond-il, ce mot s'entend très souvent de cette raison suprême et divine qui est la volonté de Dieu manifestée aux hommes dans la loi révélée; cette volonté est la raison fondamentale de la loi, et la loi divine, c'est la vérité. La *raison* ou *ratio*, ce serait donc l'ensemble des principes qui découlent de la loi divine, par voie de déduc-

tion rationnelle ». Dès lors, cela est raisonnable qui est d'accord avec les principes qui découlent, par déductions rationnelles, de la loi divine, ou, pour parler le langage du droit séculier, cela est raisonnable qui est conforme à la nature de la chose; or, ici, la chose est divine, c'est l'Eglise. Est donc raisonnable ce qui est conforme à la nature, à l'esprit, à la fin de l'Eglise, tels que Jésus les a voulus et que l'Esprit-Saint les maintient. La législation de l'Eglise suit la voie qui lui est tracée par la loi divine, tout en se conformant aux temps et aux circonstances. — D'où cette définition de la coutume non raisonnable, proposée au moins implicitement par Phillips lui-même, définition magistrale qui découle de ce que la législation de l'Eglise n'est qu'un reflet de la loi divine : « Est contraire à la raison toute coutume contraire à la loi de l'Eglise, cette opposition directe impliquant une opposition indirecte avec la loi divine ».

Toutefois, il importe de bien fixer la limite de ce principe, ajoute Phillips, qui précise sa pensée en énonçant quatre nouvelles propositions lesquelles l'amèneront à proposer, explicitement cette fois, une nouvelle formule de sa définition : *a*) en premier lieu, est déraisonnable toute coutume dont les suites sont funestes pour l'ordre spirituel ou constitue un danger pour l'âme; tels les trafics simoniaques, ou ceux par lesquels des évêques ou des patrons réduisent tellement les revenus affectés aux besoins des pasteurs paroissiaux, que ceux-ci n'ont plus les moyens de vivre (c. 8, non satis, et c. 9, quum in ecclesiæ, **X**, de simonia, V, 3; c. 30, extirpanda, **X**, de præbendis et dignitatibus, III, 5). Ces coutumes sont déraisonnables; car elles sont en opposition flagrante et immédiate avec la loi de l'Eglise, et, par là même, atteintes d'un caractère de culpabilité qui les met en opposition avec la loi morale supérieure; *b*) en second lieu, est déraisonnable toute pratique contraire aux lois prohibitives de l'Eglise et réprouvée expressément par l'Eglise : l'Eglise en effet a, en vertu de son autorité divine, le droit d'obliger les fidèles à suivre ses prescriptions et, quand elles sont transgressées, fut-ce par des actes innocents d'ailleurs en eux-mêmes, cette transgression entraîne toujours un péché de désobéissance; qui vous écoute m'écoute, qui vous méprise me méprise; *c*) en troisième lieu, est déraisonnable toute coutume qui trouble l'économie de l'Eglise, œuvre fondée sur le droit divin, conséquemment, toute coutume qui porte atteinte à la vigueur de la discipline ecclésiastique en affaiblissant le nerf qui la rattache à la loi divine (c. 5, quum inter, **X**, de consuetudine, I, 4); ou encore, toute coutume évidemment contraire à l'ordre fondé par les canons (c. 7, quum venerabilis, **X**, de consuetudine, I, 4). Telles sont les coutumes en vertu desquelles certains évêques s'attribueraient, sans délégation spéciale du pape, les droits réservés au chef de l'Eglise, ou en vertu desquelles certains clercs empièteraient sur les prérogatives des évêques (c. 4, quanto, **X**, de consuetudine, I, 4), ou encore, en vertu desquelles certains laïques

usurperaient la juridiction spirituelle (c. 4, dilecti, **X**, de arbitris, I, 43). Telles encore les coutumes qu'on invoquerait pour ne pas tenir compte des censures ecclésiastiques, ou pour ne point les appliquer dans leur rigueur (c. 5, quum inter, **X**, de consuetudine, I, 4), ou pour refuser de recevoir les légats du souverain pontife (c. I, super gentes, *Ex r. comm.* I, 1), ou pour porter atteinte aux immunités ecclésiastiques (c. I, consuetudines, **X**, de consuetudine, I, 4), ou pour enfreindre les lois de l'Eglise concernant le mariage. Toutes ces pratiques, même si on les qualifie de pratiques tolérantes, constituent pour l'Eglise de Dieu des chaînes qu'elle a le droit de briser, comme Dieu a sauvé les Juifs du joug du Pharaon et de la captivité de Babylone; d' en quatrième lieu, est radicalement déraisonnable toute coutume contraire au bien général. L'Eglise est en effet instituée en vue du bien général de l'humanité: toute coutume tendant à troubler les rapports du pouvoir spirituel avec le pouvoir temporel serait donc irraisonnable comme contraire au bien général. D'où, conclut Phillips, nous proposons cette nouvelle formule de la définition déjà donnée: la coutume raisonnable est « celle qui ne contredit la loi divine ni directement ni indirectement » (1).

Mais, cette définition une fois admise, peut-on encore maintenir la validité des coutumes contraires à la loi, *contra legem*, se demande fort judicieusement Phillips? Oui, répond-il, mais à condition que ces coutumes soient particulières et mêmes locales: car les coutumes dérogeantes ne peuvent avoir d'effet général (c. 10, ex parte, et, c. 3, ad nostram, **X**, de consuetudine, I, 4); elles ne peuvent avoir pour objet et raison d'être que des choses purement accessoires et indifférentes, ne blessant aucun principe fondamental de l'ordre spirituel, et, conséquemment, elles sont de leur nature purement particulières. Mais ces coutumes dérogeantes locales peuvent valoir: car il peut y avoir des lois dérogeantes; et, de même que la loi dérogeante est, à certains égards, plus rationnelle que la loi qu'elle supprime, de même on conçoit qu'une coutume, quoiqu'en opposition avec une loi de l'Eglise, puisse, sous un autre rapport, être conforme aux principes de la raison. — Tel est le cas de la coutume qui autorise l'élection d'un abbé par l'assemblée d'un autre monastère. La raison, sur laquelle s'appuie la loi générale qui interdit de semblables élections, c'est que l'abbé doit avoir une connaissance aussi parfaite que possible du cloître qu'il est appelé à diriger.

(1) A vrai dire cette formule est la seule donnée par Phillips comme exprimant la définition qui lui est propre de la rationalité de la coutume; mais Phillips a si bien mis en relief ce qu'il convient d'entendre par la *raison* que c'est demeurer fidèle à sa pensée profonde que de lui faire définir la coutume raisonnable « toute coutume conforme à la loi de l'Eglise ». Peut-être pourrait-on unir heureusement les deux formules en une seule et dire: « Est raisonnable la coutume qui est conforme à la loi de l'Eglise, c'est-à-dire qui ne contredit la loi divine ni directement ni indirectement ».

Mais le monastère de Charroux a le privilège de fournir ses abbés au couvent de Saint-André : la raison de cette coutume locale, c'est que le petit cloître de Saint-André, étant une colonie de la maison plus importante de Charroux, il y a intérêt pour l'ordre, non obstat le grand éloignement des deux communautés, à maintenir entre elles une intime union, en maintenant dans la succursale la discipline de la maison mère. Aussi, à titre exceptionnel, la pratique du monastère de Charroux deviendra-t-elle une coutume valable, quoique contraire à la loi, après l'expiration du délai voulu pour la prescription. Le principe fondamental du maintien de l'économie et de la discipline monacales est, en effet, sauvegardé dans ce cas particulier par la coutume, tout comme il l'est par la loi dans la généralité des cas. Par contre, ne vaudrait pas la coutume qui obligerait un couvent à choisir son abbé dans une maison d'un ordre tout différent : une coutume semblable est formellement reprouvée par Clément V.

Ainsi donc, l'Eglise admet l'existence de coutumes, même contraires à la loi, mais c'est à la condition qu'elles n'attendent en aucune façon à la loi divine. Remarquons toutefois en terminant, déclare Phillips, que, généralement, les canons sont peu favorables à la multiplicité des coutumes; car elles peuvent facilement devenir des chaînes pour les fidèles qui ne doivent pas être esclaves de la loi. Si parfois, cependant, certaines coutumes condamnables ont été tolérées, c'est qu'il n'y avait pas possibilité de les extirper immédiatement et d'un seul coup (Phillips, § CLXIII).

Tel est, dans ses grandes lignes, l'exposé de Phillips sur la coutume dans le droit canonique.

En vérité, et en dépit de la défaveur avec laquelle il ne cesse d'envisager cette forme du droit non écrit, Phillips est un canoniste de grande valeur. Tout d'abord, il refuse de se perdre dans des distinctions subtiles; il maintient, avec une sage ténacité, que la coutume n'a d'autres conditions à réaliser pour obtenir force juridique que celles-là mêmes que Grégoire IX a énoncées, à savoir la rationnalité et la prescription; et il donne de ces deux conditions une notion précise : d'une part, c'est par quarante ans que la coutume prescrit contre la loi; d'autre part, est raisonnable toute coutume qui ne contredit la loi divine ni directement ni indirectement. — Puis, en refusant d'exiger, pour la validité de la coutume, d'autres conditions que celles si nettement formulées par Grégoire IX, Phillips semble se séparer de ses prédécesseurs et faciliter le libre jeu du droit coutumier. Le consentement du souverain n'est plus en effet nécessaire, pas plus que ne l'est l'existence d'un jugement contradictoire rendu conformément à la coutume. — Serait-ce donc que le droit coutumier redeviendrait un droit démocratique, pouvant, en quelque sorte, jouer de lui-même? Loin de là; les apparences sont ici con-

traies à la réalité. Jamais encore un juriste ne s'est rencontré pour établir d'une façon aussi *théorétique* la notion du droit coutumier; jamais encore un canoniste ne s'est montré aussi sévère pour admettre qu'une coutume puisse déroger à une loi de l'Eglise. — Pour Phillips, en effet, le droit coutumier se rattache à la Révélation primitive, et, dès lors, c'est de Dieu même que lui vient l'autorité restreinte qu'il possède; aussi ne voit-on plus quelle part précise revient au peuple dans cette théorie du droit coutumier. — Et si, par ailleurs, Phillips n'exige plus que le souverain donne son consentement, soit personnel, soit légal, pour qu'une coutume acquière force de loi, c'est parce qu'il donne de la coutume une définition si étroite que, seule, une coutume qui est conforme à l'esprit de l'Eglise peut désormais avoir chance d'obtenir force de loi. — Aussi bien, en déclarant que toute coutume contraire à l'esprit de l'Eglise est, par là même, contraire à la raison, et, par conséquent, inapte à acquérir une valeur juridique véritable, Phillips se montre-t-il le plus intransigeant des canonistes; mais, du même coup, il se révèle le plus fidèle interprète de la pensée de Grégoire IX; car, si le grand pape n'a pas fait mention de la nécessité du consentement du souverain pour donner force de loi à la coutume, c'est vraiment parce que, pour lui, une coutume contraire à l'esprit de l'Eglise ne pouvait être dite raisonnable. — Il faut être reconnaissant à Phillips d'avoir mis en pleine lumière ce point de vue, déjà entre aperçu par Hostiensis, mais négligé depuis. Phillips est un canoniste qui a l'esprit de l'Eglise et est le défenseur de cet esprit; aussi convient-il de préférer la première formule de sa définition à la seconde : dire qu'une coutume est raisonnable quand elle ne contredit la loi divine ni directement ni indirectement, c'est demeurer quelque peu dans l'imprécision; mais, dire, qu'une coutume est contraire à la raison dès qu'elle est contraire à la fin de l'Eglise, c'est, il est vrai, se montrer d'une sévérité farouche; mais c'est être, tout à la fois, et clair et bien inspiré; car c'est se transporter, par une régression heureuse, dans la pensée même du législateur du XIII^e siècle pour lequel la raison et l'Eglise ne faisaient qu'un.

Il faut donc l'affirmer sans crainte d'être contredit : Phillips plus encore que Puchta est rigoriste en ce qui concerne le droit coutumier ecclésiastique. Comme son compatriote, mais pour d'autres raisons que lui, il ne le voit qu'avec défaveur; il en restreint, autant qu'il le peut, le domaine d'application. Tandis que les canonistes allemands du XVIII^e siècle affirmaient qu'une coutume pouvait prévaloir contre la loi en dix années, pourvu qu'elle soit munie du consentement du souverain, Puchta et Phillips ne reconnaissent de coutumes juridiquement valables qu'autant qu'une durée de quarante ans les a consacrées; et encore, restreignent-ils le plus possible la portée de leur affirmation, en déclarant que la coutume ne peut être raisonnable que si elle respecte

l'institution ecclésiastique, selon Puchta, que si elle est conforme à la fin de l'Eglise, selon Phillips. Certes, Puchta et Phillips ne se placent pas au même point de vue pour condamner la coutume dans le droit canonique : Puchta, lui, n'est si sévère que parce qu'il ne veut de droit coutumier que là où le peuple est son propre souverain; Phillips, à l'opposé, ne justifie ses exigences que parce qu'il n'admet d'autre droit coutumier que celui qui découle indirectement de la loi divine ou de la loi de l'Eglise; si donc Puchta peut être dit un pur civiliste, Phillips doit être considéré comme un canoniste de tout premier ordre; et cette remarque doit d'autant plus attirer l'attention que Phillips est un protestant converti qui n'était pas prédestiné, par son hérédité religieuse, à avoir et à comprendre l'esprit de l'Eglise.

Toujours est-il que la façon, franchement défavorable, dont Puchta et Phillips envisagent la coutume dans le droit canonique contraste singulièrement avec le jugement tout opposé que portaient, sur le même sujet, tant Reiffenstuel que Schmalzgrueber. --- A la conception germanique de Puchta et de Phillips, il ne saurait donc manquer d'intérêt de comparer maintenant la conception de deux canonistes français, celle de l'abbé Bouix d'abord, celle du cardinal Gousset ensuite.

Marie-Dominique Bouix (1) est né à Bagnères-de-Bigorre, en 1808. Novice chez les Jésuites vers 1825, il dut quitter la Compagnie pour raison de santé; il se consacra alors à l'étude des sciences ecclésiastiques. Il fut théologien de l'évêque de Montauban au concile du Vatican et mourut en 1870. C'est dans son traité : *Des principes du Droit canonique, De principiis juris canonici*, section VI, que Bouix expose sa théorie de la coutume : *De consuetudine quatenus juris canonici fonte* (2).

Cinq questions principales sont traitées par le canoniste français d'une façon particulièrement intéressante : 1^o *quelle est la part de la communauté dans la formation de la coutume?* 2^o *quand une coutume est-*

(1) En quittant le noviciat de la Compagnie de Jésus, Bouix vint à Paris où il fut nommé, en 1845, supérieur de la maison de retraite dite de Marie-Thérèse; puis, à la suite d'articles parus dans l'*Univers* sur les conciles provinciaux, il dut se retirer à Rome où il publia, en 1851, son traité *De principiis juris canonici*. Rentré à Paris en 1855, il fonda en 1860 la *Revue des sciences ecclésiastiques*. Cette création lui suscita de nouvelles difficultés avec l'archevêque de Paris. Mgr Mabille, évêque de Versailles, prit sa défense et le nomma vicaire général de son diocèse. De 1850 à 1870, Bouix a écrit, sur les matières les plus importantes du droit canonique, quinze volumes pour lesquels il a mis largement à contribution les canonistes les plus estimés à Rome.

(2) *Tractatus de principiis juris canonici*, auctore D. Bouix, in academia ecclesiastica romana jussu Summi Pontificis classicus. Tornaci, 1853, Casterman, 1 vol. in-12°. L'imprimatur est daté du 8 mai 1852. Une seconde édition a paru, en 1862, à Paris et à Lyon, en 1 vol. in-8°. C'est dans la section VI de son traité que Bouix étudie la coutume en tant que source du droit canon : *De consuetudine quatenus juris canonici fonte*. C'est à cette section que renverront les citations qui seront faites.

elle raisonnable? ou plutôt quand une coutume est-elle non raisonnable? 3° quel est le consentement du souverain qui est requis? et, tout spécialement, quand peut-on conclure du silence du pape à son consentement tacite? 4° quand une coutume peut-elle être dite légitimement prescrite? 5° comment la coutume est-elle abrogée? et, tout particulièrement, les coutumes nées postérieurement et contrairement aux décrets du concile de Trente sont-elles valables?

1° *Quelle est la part de la communauté dans la formation de la coutume?*

En ce qui concerne cette question, Bouix insiste surtout sur le caractère intentionnel et libre que doivent posséder les actes introductifs de la coutume.

a) Les actes doivent, tout d'abord, être posés *intentionnellement*; et non par ignorance ou erreur; si, en effet, ils étaient posés par ignorance ou erreur, il n'y aurait pas consentement du peuple ou de la majeure partie du peuple, mais seulement soumission à une prétendue loi, soit prescriptive, soit, tout au moins, non prohibitive de ces actes. — Ainsi, pendant dix années, le peuple observe un jour de fête ou de jeûne, croyant par erreur qu'il est tenu à cette pratique en vertu de quelque loi: il n'introduit par cette pratique aucune coutume obligatoire. De même, s'il pose pendant de nombreuses années des actes contraires à une loi dont il ignore l'existence, il ne prescrit pas contre la loi, faute d'en avoir l'intention. — Cette observation, ajoute Bouix, intéresse spécialement le clergé de France. En effet, de nombreuses pratiques et coutumes se sont introduites, en France, après le Concordat de 1801, lesquelles, tant en raison de la perturbation des temps antérieurs qu'en raison de l'interruption des études ecclésiastiques, ont été considérées, à tort, comme conformes au droit et ont été reçues sans réclamation. Or, comme c'est par ignorance et erreur, que ces pratiques et coutumes ont été introduites, le laps de temps de quarante ans ne saurait suffire à leur conférer force de loi. Prenons un exemple: d'une façon générale, les évêques et le clergé de France se sont figuré que les curés des églises succursales étaient révocables au gré de l'évêque, en sorte que celui-ci pouvait les déplacer à sa guise, sans que, en aucun cas, ils aient la possibilité de recourir au supérieur. Or, de par le droit commun, ce recours leur était possible dans beaucoup de cas, encore que les curés fussent vraiment révocables au gré de l'évêque. C'est du moins la doctrine communément reçue parmi les docteurs. Aussi à l'heure où nous écrivons, — donc vers 1852, — un curé a-t-il recouru au Saint-Siège pour protester contre le déplacement que lui imposait son évêque; et le Saint-Siège n'a nullement rejeté ce recours. Et cependant, depuis le Concordat de 1801, le clergé de France n'avait nullement¹ usé de cette voie de recours, mais c'était par erreur; dès lors, le fait de n'avoir pas recouru au pape pendant plus de quarante ans n'a pu supprimer ce droit de recours.

b) Non seulement la coutume suppose des actes posés intentionnellement, mais encore elle exige des actes posés *librement*, et non pas par force ou par crainte. Si, en effet, c'est de force ou par crainte que le peuple n'a pas observé quelque loi, cette non observance de fait ne constitue pas un acte qui permette de conclure que le peuple a consenti à l'abrogation de la loi; car, pour valoir, un consentement doit être donné librement. De même, le souverain n'est pas censé donner son consentement à une coutume contraire au droit, si cette coutume est introduite par des actes extorqués sous l'empire de la crainte. — Suarez et Reiffenstuel pensaient déjà ainsi; mais Bouix fait l'application de ce principe à la France : il est en effet certain, ajoute-t-il, que beaucoup d'églises en France ont admis, sous la pression du pouvoir séculier, beaucoup de choses qu'elles n'auraient nullement admises, si elles avaient été pleinement libres de leur consentement. Aussi beaucoup de coutumes sont-elles nées qui ne semblent avoir aucune force juridique, étant donné que c'est sous l'empire de la violence ou de la crainte qu'elles ont fait leur apparition. Dès lors, bien que le droit commun n'ait plus été appliqué depuis longtemps, il conserve cependant toute sa force; car il n'a été battu en brèche que par des actes accomplis sous l'empire de la violence ou de la crainte (Bouix, section VI, c. II, § 1).

2^o *Quand une coutume est-elle raisonnable? ou plutôt quand une coutume est-elle non raisonnable?*

En ce qui concerne le caractère raisonnable de la coutume, Bouix renonce à donner une définition positive de la rationalité de la coutume; mais il en propose une définition négative en énonçant dix propositions qui lui paraissent indiscutables. Ne pouvant dire ce qu'est une coutume raisonnable, il s'efforce du moins de montrer quand elle ne l'est pas. Le procédé est habile, mais il n'est pas inédit.

Première proposition. — Une coutume peut être opposée au droit commun ecclésiastique sans cependant être mauvaise ou non raisonnable.

Deuxième proposition. — Est non raisonnable et mauvaise toute coutume contraire au droit naturel ou au droit divin positif.

Troisième proposition. — Une coutume réprouvée par le droit canonique est censée non raisonnable : *consuetudo quæ a jure canonico reprobatur censenda est irrationabilis*.

Quatrième proposition. — Une coutume qui est occasion et source de péché est réputée non raisonnable.

Cinquième proposition. — Une coutume qui est pernicieuse pour le bien commun doit être considérée comme non raisonnable.

Sixième proposition. — Ne vaut pas, et doit être considérée comme non raisonnable, toute coutume qui rompt le nerf de la discipline ecclésiastique; par exemple, la coutume par laquelle une communauté chercherait à se soustraire à un interdit général ou à la visite de l'évêque.

Septième proposition. — Ne vaut pas, et est à considérer comme non raisonnable, toute coutume qui s'oppose à la liberté ou à l'immunité de l'Eglise. — Telle est, du moins, la doctrine commune des docteurs au dire de Reiffenstuel, si on en excepte Covarruvias qui prétend que la coutume pourrait supprimer, sinon universellement, du moins partiellement certains droits garantissant l'immunité de l'Eglise. La doctrine commune, déclare Bouix, s'appuie sur les raisons qui suivent : *a*) toute coutume réprouvée par le droit est non raisonnable : or le droit réprouve toute coutume qui bat en brèche la liberté et l'immunité de l'Eglise; *b*) il est certain que toute coutume, qui n'est pas confirmée par le consentement du souverain, est dépourvue de force. Or le souverain ne saurait donner son consentement à une coutume tendant à restreindre la liberté ou l'immunité de l'Eglise. Il faut toutefois ajouter, remarque Bouix, que, si ces coutumes, qui restreignent la liberté ou l'immunité de l'Eglise, s'appuyaient sur un privilège du Saint-Siège ou, tout au moins si, étant immémoriales, elles invoquaient en leur faveur un tel privilège, elles ne devraient plus être considérées comme non raisonnables : car, par le fait même qu'elles auraient pour fondement une libre concession du souverain pontife, elles ne seraient plus, à proprement parler, contraires à la liberté et à l'immunité de l'Eglise. Par ailleurs, le souverain pontife peut concéder à un souverain ou à un sénat, par privilège général et pour une juste cause, quelque droit qui déroge partiellement à la liberté et à l'immunité de l'Eglise. C'est ainsi que Grégoire X, dans le concile de Lyon de 1274, a concédé aux rois le droit de jouir, soit en vertu d'un titre de fondation, soit en vertu d'une coutume ancienne, des biens ou des revenus des églises, monastères et autres lieux pieux, pendant la vacance des prélats, et les divers concordats contiennent des concessions de ce genre.

Huitième proposition. — Doit être considérée comme non raisonnable la coutume du placet royal; elle rompt, en effet, le nerf de la discipline ecclésiastique; elle est pernicieuse aux églises; elle lèse directement la liberté et l'immunité de l'Eglise, et, bien loin de s'appuyer sur le consentement tacite du souverain pontife, elle est condamnée expressément par lui. La coutume, qui voudrait qu'aucun décret du Saint-Siège ne soit publié ou exécutoire dans un royaume qu'après consentement du pouvoir séculier; serait donc abusive et corruptrice; elle serait une violence à l'égard de l'Eglise.

Neuvième proposition. — Serait aussi non raisonnable et détestable toute coutume, qui autoriserait les évêques d'une région à n'accepter les décrets du souverain pontife qu'après approbation de ces décrets donnée par eux, sauf le cas où le souverain pontife lui-même aurait laissé aux évêques la liberté d'accepter ou de ne pas accepter ces décrets : car si, dans cette dernière hypothèse, on peut présumer que le souverain pontife ne veut pas rendre obligatoires certains de ses décrets disciplinaires

avant que les évêques les aient acceptés pour leurs diocèses, on ne peut plus penser de même dans le cas où le souverain pontife proteste contre la non acceptation de ses décrets par les évêques; dans ce cas, si les évêques, pour ne pas avoir à obéir, invoquent une coutume régionale, c'est à tort; car ils ne sont plus protégés par elle: une telle coutume, en effet, tendrait à rompre le nerf de la discipline ecclésiastique en rendant les évêques indépendants de leur chef; or le souverain pontife ne peut jamais donner son consentement à une telle coutume.

Dixième proposition. — La coutume, qui veut que les légats du Siège apostolique ne soient pas reçus dans certaines provinces, est non raisonnable et doit être déclarée détestable. Aussi Pie VI a-t-il, à juste raison, condamné ceux qui mettent obstacle aux légations apostoliques et a-t-il démontré, dans un long traité, que cette coutume était honteuse et à rejeter (Bouix, sectio VI, c. II, § 2).

3^o *Quel est le consentement du souverain qui est requis?* et, tout spécialement, *quand peut-on conclure du silence du pape à son consentement tacite?*

La question de la rationalité de la coutume une fois résolue, Bouix étudie celle de la nécessité du consentement du souverain. Ici encore l'auteur procède avec sa clarté habituelle, en distinguant, point par point, les solutions certaines et les solutions contestées.

Premier point. — Il est hors de doute que le consentement du souverain est requis. C'est l'opinion commune des docteurs et elle se justifie de la façon suivante : la coutume a pour effet, soit d'imposer une obligation nouvelle en plus de celles déjà établies par les lois écrites ou traditionnelles, soit d'exempter de l'obligation d'une loi. Or, dans l'un et l'autre cas, la coutume joue le rôle d'une loi; dès lors elle ne peut être établie sans le concours du législateur. En conséquence, il faut que le souverain confère par sa volonté force juridique à la coutume. Autrement dit, le consentement du souverain est requis; or le souverain des Eglises, c'est le pape. Voilà un premier point incontestable. — Mais de quelle manière faut-il que le souverain donne son consentement à la coutume? Voilà une question plus épineuse.

Deuxième point. — Il faut distinguer un triple consentement du souverain : le consentement exprès, le consentement tacite, le consentement légal. Bouix ne fait ici que rappeler les définitions données par Reiffenstuel. Néanmoins, il donne du consentement tacite une définition qui est d'autant plus à consigner qu'elle va devenir le point de départ de distinctions nouvelles : « Il y a consentement tacite, dit-il, quand le souverain, connaissant l'existence de la coutume, feint de ne pas la connaître, ou bien, ne proteste pas contre elle, alors qu'il pourrait le faire facilement : dans ce cas, en se taisant, le souverain semble donner son consentement à la coutume : *consensus tacitus quando princeps scil*

lalem consuetudinem et dissimulat, seu non contradicil, cum commode contradicere possel; sic enim dum tacet consentire videtur ».

Troisième point. — Si la coutume est certainement non raisonnable ou mauvaise, aucun consentement du souverain pontife ne saurait lui donner force juridique, ni le consentement légal, ni le consentement tacite, ni le consentement exprès. En effet, le consentement légal ne peut être conféré qu'aux coutumes raisonnables. Quant au consentement tacite, on ne peut plus le présumer donné, par le simple fait que le pontife a gardé le silence, du moment qu'il s'agit d'une coutume mauvaise intrinsèquement et par elle-même, ou qui porte au péché. Et quant au consentement exprès, le souverain pontife ne peut jamais le donner à une coutume mauvaise en tant qu'elle est mauvaise. Si donc, par hasard, le pontife venait à approuver, dans quelque région, une coutume mauvaise, c'est qu'il aurait été trompé par quelque fausse relation, et son approbation ne pourrait porter que sur ce qu'il y a de bon dans cette coutume, et non sur la coutume dans son ensemble. De plus, une coutume intrinsèquement mauvaise est, par le fait même, contraire au droit naturel ou au droit divin positif, auxquels aucune puissance ne peut déroger.

Quatrième point. — Que faut-il penser du silence observé par le souverain pontife quand il a la faculté de faire entendre une réclamation? (Bouix entre maintenant dans une série de distinctions originales.) — Il peut se faire, dit Bouix, que le souverain pontife garde le silence, alors qu'il a toute facilité pour protester, soit, d'une part, en présence d'une coutume en dehors du droit ou d'une coutume contraire au droit, soit, d'autre part, en présence d'une coutume certainement raisonnable ou d'une coutume douteusement raisonnable. *a)* S'il s'agit d'une coutume en dehors du droit, *præter legem*, et certainement raisonnable, elle acquiert force de loi par le simple fait que le pape garde le silence, alors qu'il a toute facilité pour protester. Au bout de combien d'années? On le verra plus loin. *b)* S'il s'agit d'une coutume en dehors du droit, mais douteusement raisonnable, il est plus probable, même en ce cas, que le silence gardé par le pape, quand il a toute facilité pour protester, équivaut à un véritable consentement : car, quoiqu'on puisse discuter sur le caractère raisonnable de la coutume, néanmoins, comme le pape, qui connaît cette coutume et peut facilement protester contre elle, ne dit rien, c'est à juste titre qu'on peut conclure qu'il la juge raisonnable et qu'il lui donne son consentement; dans le doute, mieux vaut conclure à la rationalité d'une telle coutume; car, si cette coutume était vraiment mauvaise, le pape serait tenu, par devoir, d'élever la voix contre elle, puisque, par hypothèse, il a toute facilité pour le faire. *c)* Si maintenant il s'agit d'une coutume contraire au droit, *contra jus*, et certainement raisonnable, le silence du pape lui confère force juridique, du moment

que le pape a toute facilité pour protester. Voici un exemple : dans une région déterminée une coutume s'est établie contre une loi commune de l'Eglise. Or, en raison de circonstances particulières, cette coutume régionale se trouve utile et raisonnable; tout au moins, elle n'est pas mauvaise. Le pape connaît cette coutume et, quoiqu'il puisse facilement la condamner et la supprimer, il garde le silence. Dans de telles conjonctures, le pape doit être considéré comme donnant son consentement à cette coutume et comme lui conférant force juridique : car, d'une part, de telles coutumes peuvent être utiles, encore que contraires à la loi commune, et, d'autre part, le droit canonique suppose qu'elles peuvent et même doivent être observées, du moment qu'elles sont raisonnables et légitimement prescrites. En conséquence, quand le souverain pontife garde le silence en présence de telles coutumes, alors qu'il a toute facilité pour les condamner, il indique nettement par ce silence qu'il veut leur conférer force de loi. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. *d)* Si enfin il s'agit d'une coutume contraire à la loi, mais seulement douteusement raisonnable, que faut-il penser du silence du pape relativement à cette coutume, et toujours dans l'hypothèse où le pape a toute facilité pour élever la voix? Même dans ce cas, il est probable que, par son silence, le pape donne son consentement à la coutume : car, puisque, par hypothèse, le pape peut facilement condamner la coutume et que, cependant, il se tait, c'est qu'il ne juge pas cette coutume non raisonnable; autrement il parlerait et protesterait.

Cinquième point. — Etudions maintenant le cas où le souverain pontife garde le silence, mais sans avoir la facilité de protester (1). Cette étude a une portée pratique, considérable, remarque Bouix, et cela apparaît à quiconque sait l'histoire ecclésiastique et se souvient que, souvent, les pontifes romains se sont trouvés aux prises avec de telles difficultés qu'ils n'avaient pas la possibilité d'extirper et d'arracher certaines coutumes, sans causer un grand dommage aux églises et aux âmes; dans de telles situations le Saint-Siège se tait et attend prudemment le moment opportun pour parler, encore qu'il désire de toute son âme s'opposer à de si funestes coutumes et juge la chose nécessaire. Aussi convient-il, déclare Bouix, de distinguer avec soin un double silence : un silence d'approbation ou de consentement, *silentium annuens seu consentiens*, et un silence purement économique ou diplo-

(1) C'est Pie VI qui, dans l'allocution prononcée au consistoire du 29 mars 1790, a déclaré que le silence du pape ne pouvait être considéré comme équivalent à un consentement, du moment que le souverain pontife n'avait pas la liberté de faire entendre ses revendications. C'est donc Pie VI lui-même qui est l'auteur de la distinction, qu'ont utilisée dans la suite les canonistes, et Bouix en particulier, entre le cas où le pape se tait en ayant toute facilité pour parler et le cas où le pape se tait faute de pouvoir parler librement.

matique, c'est-à-dire observé par prudence, *et silentium mere æconomicum, id est ex prudentia servatum*. Ce dernier silence ne suppose, ni assentiment donné à la coutume, ni approbation de la coutume, encore que celle-ci ne se trouve pas condamnée pour l'instant. Or, personne ne peut nier que les papes soient parfois contraints d'observer ce silence diplomatique, en ne protestant pas contre certaines coutumes connues d'eux, auxquelles ils ne veulent certainement pas donner leur consentement. — Ces notions bien retenues, Bouix énonce les propositions suivantes :

Première proposition. — Le législateur est présumé vouloir que sa loi soit observée, tant qu'on ne peut légitimement conclure qu'il consent à son abrogation : car, par le fait même que le législateur porte une loi universelle, il la porte pour tous et pour toujours ; dès lors, sa volonté de lier ses sujets d'une façon permanente est certaine et persévère, tant qu'il n'apparaît pas qu'elle est changée. Pour que l'obligation cesse d'exister, il ne suffit d'ailleurs pas d'une simple possibilité de changement dans l'intention du législateur ; il est absolument requis que ce changement soit dûment constaté, ou tout au moins, qu'on puisse conclure avec certitude à son existence : car, s'il suffisait pour qu'une obligation cessât qu'on pût se représenter que le législateur a été dans la possibilité de changer d'intention, aucune loi du droit positif ne subsisterait plus ; dès le moment même qui suit celui de la promulgation d'une loi, il est possible d'imaginer, absolument parlant, que le souverain regrette de l'avoir portée et qu'il n'a plus la volonté de la rendre obligatoire. A plus forte raison est-il possible d'imaginer la même chose chaque jour, chaque mois, chaque année... Aussi le droit naturel et divin, qui ne dépend pas du caprice des hommes, a-t-il pris soin d'établir que les lois humaines auraient force et stabilité, comme le bon gouvernement des sociétés l'exige... Donc, en vertu du droit naturel lui-même, il est certain que la loi, une fois promulguée, garde sa force obligatoire jusqu'au moment où l'on peut légitimement conclure que le souverain a dérogé à cette loi ; mais, tant qu'il n'est que possible et incertain que le souverain a voulu rapporter sa loi, celle-ci continue à lier les sujets, d'une façon indéniable, de par le droit naturel. En cas de doute, c'est la loi qui possède : le bon ordre des sociétés humaines l'exige et, par conséquent, la volonté essentielle de Dieu le réclame.

Deuxième proposition. — Tant que le pape n'a pas la facilité de protester, on ne peut pas légitimement conclure qu'il donne son consentement à une coutume contraire à la loi. Il importe donc tout à fait de discerner si le souverain pontife a ou n'a pas la facilité d'élever une protestation : car c'est de cette considération que dépend entièrement l'existence ou la non existence juridique de la coutume. Si, en effet, le pape a la facilité de protester et qu'il ne le fait pas en présence d'une coutume contraire à sa loi, c'est qu'il ne veut vraiment pas que sa loi

continue à obliger et, dès lors, son silence équivaut à un consentement donné à la coutume qui déroge à la loi. Mais si, au contraire, le pape n'a pas toute facilité pour protester contre la coutume qui s'oppose à sa loi, de son silence, on ne peut pas conclure avec certitude qu'il donne son consentement à cette coutume : car la raison de ce silence peut être tout autre. S'il ne parle pas, c'est, peut-être, pour éviter un plus grand détriment; ou encore, parce qu'il ne serait pas obéi et risquerait de provoquer un schisme; ou aussi, parce que le pouvoir séculier ferait mauvais accueil à l'ordre du souverain pontife et prendrait des mesures graves contre la religion. En présence de telles difficultés et d'aussi graves dangers, le Siège Apostolique a l'habitude de garder le silence. Bien plus, le souverain pontife garde parfois le silence diplomatique en présence de coutumes certainement et notoirement non raisonnables, mauvaises de leur nature, et qui sont à classer parmi les coutumes corruptrices. L'aphorisme de saint Augustin, selon lequel l'Eglise ne tolère pas, par son silence, ce qui est contraire à la foi et aux mœurs, n'est d'ailleurs pas battu en brèche par ce silence diplomatique gardé par le Saint-Siège : car, d'une part, par le fait même qu'une coutume est corruptrice, elle demeure condamnée par la doctrine générale de l'Eglise, quand bien même, pour un temps, le pape garderait le silence, préférant attendre un moment plus opportun pour parler; et, d'autre part, saint Augustin n'a pas voulu dire que, aussitôt qu'une pratique contraire aux bonnes mœurs faisait son apparition dans quelque lieu, l'Eglise devait nécessairement protester, sans choisir avec prudence le moment le plus opportun pour condamner les abus qui se sont produits. Il est donc de toute évidence que, du silence du pape, quand celui-ci n'a pas toute facilité pour parler le langage qui s'impose, on ne peut nullement conclure que le pape donne son consentement à la coutume contraire à sa loi. Loin de là : en raison de ce silence, on devrait plutôt conclure qu'il désapprouve cette coutume; car, s'il l'approuvait, il exprimerait son approbation, sachant être agréable aux habitants du lieu où elle s'est introduite. Par le fait même qu'il se tait et qu'il évite avec soin toute allusion à cette coutume, c'est qu'il la désapprouve. En tout cas, d'un tel silence, on ne pourrait conclure à un consentement.

Troisième proposition. — Tant que le pape n'a pas la facilité de faire entendre sa protestation, la coutume ne peut pas prescrire contre la loi; car, d'une part, aucune coutume ne peut prescrire contre la loi sans le consentement du souverain, et, d'autre part, tant que le pape n'est pas libre d'élever une protestation, on ne peut pas conclure que son silence équivaut à un consentement, et l'on doit conclure qu'il veut que sa loi soit observée. La raison de cette troisième proposition c'est, non pas qu'il est certain que le pape ne donne pas son consentement à la coutume, mais bien qu'il demeure incertain qu'il l'ait donné. Tant que cette

incertitude existe, le droit naturel veut que l'obligation de la loi demeure. Or, dans le cas où le pape n'a pas la facilité de protester, cette incertitude règne; donc la loi continue à obliger, en vertu du droit naturel lui-même, à moins que le pape ne rompe le silence et approuve expressément la coutume. Cette thèse, à savoir que le simple silence n'équivaut pas à une approbation quand le pape n'a pas la facilité de protester, cette thèse, ajoute Bouix, est confirmée par la pratique du Siège apostolique et de la Curie romaine. — Plusieurs coutumes contraires aux lois ecclésiastiques avaient fait irruption dans certaines régions, et le Saint-Siège, qui avait connaissance de l'existence de ces coutumes, avait gardé à leur égard un silence absolu. On a consulté, tant le pape que les cardinaux, pour savoir si de telles coutumes avaient prescrit par quarante ans d'existence contre la loi. Rome a toujours répondu négativement, comme le prouvent les cas concrets qui suivent : dans le diocèse de Novarre (Piémont), on n'avait pas observé, pendant quarante ans, la disposition des bulles de Pie V, Clément VIII et Urbain VIII relatives à la publication des livres liturgiques. On interrogea donc le Saint-Siège pour savoir si la pratique, qui avait plus de quarante ans d'existence, avait prévalu contre la loi. La congrégation des Rites répondit, le 7 avril 1832, que les constitutions pontificales demeuraient dans toute leur force et que l'abus qui s'était implanté ne devait pas être toléré; les constitutions pontificales n'avaient donc rien perdu de leur valeur. — Par ailleurs, le chanoine Lottin, du diocèse du Mans, demanda à Rome d'approuver le bréviaire et le missel propres à ce diocèse, en faisant remarquer que le diocèse du Mans avait prescrit, par une coutume ancienne, contre la loi qui obligeait à adopter le bréviaire et le missel romains. La Congrégation des Rites répondit, le 10 janvier 1852, que la coutume n'avait pas prescrit contre la loi et que les prêtres ne pouvaient la suivre en sûreté de conscience. — De ces exemples, il ressort avec évidence que le silence, quand le pape n'a pas la pleine liberté de faire entendre ses protestations, ne peut être considéré comme une approbation de la coutume contraire à la loi.

Dira-t-on alors que le pape est cause, par son silence, que d'innombrables péchés sont commis? Mais l'objection ne saurait valoir pour deux motifs : le premier, c'est que, quand la coutume est vraiment très répandue, rares sont ceux qui connaissent la loi, ou tout au moins ne la croient pas rapportée par le législateur, si bien que les prélats eux-mêmes peuvent penser qu'il leur est permis de suivre la coutume contraire à la loi; en ne réclamant pas, le Saint-Siège laisse la bonne foi agir et évite ainsi la multiplicité des péchés; le second motif, c'est que, si, en se taisant, le pape est cause de certains péchés, il n'est que cause *permissive*, et non pas cause *active* des péchés commis; et il y a de bonnes raisons qui justifient sa conduite : car, c'est pour promouvoir plus sûrement le bien de

l'Eglise et éviter de plus grands maux, que le pape garde ainsi le silence, En aucun cas donc, on ne saurait admettre que le silence du pape équivaut à son consentement même tacite, dès lors que ce silence est gardé dans un moment où il n'a pas la facilité de protester comme il pourrait le désirer.

Sixième point. — Mais que convient-il de penser du consentement légal? Le consentement légal, ainsi nommé parce qu'il est donné par des lois, suppose, dans le souverain pontife, la volonté générale d'approuver toutes les coutumes raisonnables et légitimement prescrites, soit parce que le bien de l'Eglise le réclame, soit parce que le droit canonique, promulgué par le Saint-Siège et demeuré sans changement sur ce point depuis Grégoire IX, le déclare expressément. Le consentement légal, qui suppose que le pape n'a pas connaissance de la coutume que la loi approuve, suffit-il? Quelques auteurs le nient, en alléguant certaines décisions du tribunal de la Rote (1) et la glose du ch. 11, quum tanto; puis, en faisant remarquer qu'aucune loi ne peut obtenir force juridique sans que le souverain en ait connaissance; c'est donc aussi, concluent-ils, qu'aucune coutume ne peut valoir, à moins d'être connue expressément du souverain. Mais l'opinion contraire, qui affirme que le consentement légal suffit pour donner valeur juridique à la coutume, est beaucoup plus communément reçue, comme l'a déclaré Suarez; et, à la raison alléguée par les partisans de l'autre opinion, il faut répondre: un souverain pourrait fort bien décréter par une loi, qu'il fait siennes, et recouvre à l'avance de son autorité, toutes les lois qui émaneront de tel conseil de juristes composé par lui; dans ce cas, la loi obtiendrait bien force juridique sans que le souverain en ait connaissance; rien ne s'oppose donc à ce qu'il en soit de même pour les coutumes (Bouix, sectio VI, c. II, § 3).

4^o *Quand une coutume peut-elle être dite légitimement prescrite?* Voyons maintenant, continue Bouix, ce qu'il faut entendre par coutume légitimement prescrite.

(1) La Rote est une juridiction établie à Rome au commencement du xiv^e siècle (en 1326) par le pape Jean XXII et réorganisée par Martin V en 1422. A l'origine, ce tribunal jugeait toutes les causes ecclésiastiques ou civiles qui étaient déférées au pape. Au xvii^e siècle, sa compétence ne s'étendait plus que sur les causes contentieuses en matière de bénéfices et sur les procès civils entre les habitants des Etats de l'Eglise. — Le nouveau Code de droit canonique (c. 1598-1601) fait derechef de la Rote le tribunal ordinaire du Saint-Siège. La Rote rend ses sentences, soit par trois juges, soit tous juges réunis. Elle juge en première instance les causes que lui confie le pape; elle juge en seconde instance toutes les causes déjà jugées par les tribunaux des Ordinaires et dont on a fait appel à Rome; elle juge en dernier ressort les causes déjà jugées en seconde instance, soit par elle-même, soit par les autres tribunaux. — Le nom de Rote (de *rota*, roue) vient, soit de ce que les juges sont assis en cercle, soit plutôt, selon du Gange, de ce que le pavé de la salle où ils se réunissent est une mosaïque en forme de cercle. (Voir aussi sur les attributions de la Rote la bulle *Sapienti Consilio* du 29 juin 1908.)

Le mot prescription, répond-il, ne doit pas être entendu ici dans son sens rigoureux. A proprement parler, la prescription est une longue possession qui permet à quelqu'un d'acquérir un droit sur une chose qui appartient à un tiers. Dès lors la coutume ne se prescrit pas elle-même; mais c'est par elle, c'est-à-dire par le fait habituel de la possession, qu'on prescrit. Cependant, de même que la longue possession, par un tiers, d'un droit appartenant à autrui enlève ce droit à autrui, de même une longue coutume supprime la loi commune qui lui est contraire, ou encore introduit une obligation nouvelle étrangère aux lois déjà existantes. C'est tout simplement en raison de cette similitude, assez lointaine d'ailleurs, qu'a prévalu l'usage de dire que les coutumes sont prescrites au moyen de la longue durée. — Une coutume légitimement prescrite, c'est donc une coutume qui a duré assez longtemps pour que, en raison de cette longue durée, une obligation nouvelle soit introduite, ou pour que la loi contraire soit abrogée.

Or, deux questions se posent relativement à la prescription de la coutume : A) *Dans quel cas une coutume acquiert-elle force de loi au moyen de la prescription?* B) *Quelle durée doit avoir une coutume pour pouvoir être dite légitimement prescrite?* Ces deux questions sont à étudier avec soin.

Tout d'abord : A) *Dans quel cas une coutume acquiert-elle force de loi au moyen de la prescription?* Bouix répond à cette première question en énonçant selon son habitude diverses propositions : a) une coutume intrinsèquement mauvaise ou non raisonnable ne peut jamais obtenir force de loi au moyen de la prescription : c'est l'avis unanime des auteurs; b) si le souverain donne son consentement en termes exprès à une coutume, toute prescription est dès lors inutile; ce consentement exprès érige la coutume en loi obligatoire; c) de même, si on peut présumer avec certitude que le souverain a donné son consentement tacite à une coutume, point n'est besoin de la prescription pour conférer à cette coutume force de loi; ce consentement tacite le lui a conféré. En conséquence, toutes les fois que le souverain a connaissance précise d'une coutume et garde le silence alors qu'il a toute facilité pour protester, il est présumé donner son consentement à la coutume. Il en est encore ainsi dans le cas où le souverain n'a pas la facilité de faire entendre ses protestations, s'il s'agit d'une coutume en dehors de la loi, mais seulement s'il s'agit d'une telle coutume : car le souverain est censé donner son consentement à toute coutume qui, d'une part, n'est pas contraire à la loi, et, d'autre part, est raisonnable. Dans ces deux hypothèses, la prescription n'est pas nécessaire pour donner force à la coutume : car le consentement tacite du souverain est suffisant pour produire ce résultat; d) mais, supposons maintenant qu'il s'agisse d'une coutume contraire à la loi et connue du souverain; puis, que le souverain ne proteste pas contre cette coutume, parce qu'il n'a pas facilité pour faire entendre ses

revendications : la coutume peut-elle acquérir force de loi par la voie de la prescription? Non, répond Bouix; car, tant que dure la coutume contraire à la loi, on peut croire que c'est par pure diplomatie que le souverain pontife garde le silence; or, dans cette hypothèse, c'est la loi qui possède contre la coutume, et on ne peut admettre que le pape consent à suspendre l'obligation d'une loi que, dans le seul cas, où il garde le silence tout en ayant la facilité de manifester sa pensée. Si donc l'obligation de la loi venait à disparaître même dans ce cas, — ce qui n'est pas, — cela viendrait, non pas de la durée de la coutume, mais du consentement du souverain légitimement présumé; c) donc, on peut affirmer, d'une façon générale, que la prescription n'intervient jamais efficacement pour donner force de loi à une coutume, du moment que la coutume est connue du souverain d'une façon précise. En conséquence, une coutume ne peut acquérir force juridique, par la voie de la prescription, que dans le cas où le souverain, ignorant la coutume, c'est le consentement purement légal ou juridique qui lui est conféré. — Voici certes une solution nette et neuve : la prescription n'a aucun rôle à jouer dans le cas où la coutume est connue personnellement du souverain; elle ne joue son rôle, d'une façon efficace, que dans le cas où c'est le consentement légal et juridique qui intervient; autant dire que les seules conditions requises pour qu'une coutume obtienne force de loi sont, non plus, la rationalité et la prescription, mais la rationalité et l'approbation du souverain. Bouix tient-il encore assez compte des exigences du chapitre *Quum tanto*? Il semblerait que non, puisque la prescription n'intervient plus efficacement, selon lui, qu'à titre exceptionnel comme condition de validité de la coutume.

B) *Mais, enfin, quelle durée doit donc avoir une coutume pour pouvoir être dite légitimement prescrite* dans le cas où, ignorée du souverain et ne jouissant que du seul consentement légal, c'est par la voie de la prescription qu'elle acquiert force juridique (1)?

Tous les auteurs, répond Bouix, sont d'accord pour admettre que, dans le cas où la coutume est ignorée du souverain, c'est la longue durée qui lui confère valeur légale; ils s'accordent encore pour déclarer par quel laps de temps la coutume en dehors du droit, *præter jus*, est légitimement prescrite; mais ils discutent longuement pour déterminer quel laps de temps est requis afin qu'une coutume contraire au droit, *contra jus*, soit légitimement prescrite.

1^o Si la coutume ignorée du souverain est une coutume en dehors du

(1) Sur cette question de la durée que doit avoir une coutume pour pouvoir être dite légitimement prescrite on consultera avec intérêt la savante thèse de G. Bauduin : *La coutume dans le Droit canonique* : Bauduin Gulielmus, *De consuetudine in jure canonico*, Louvain, 1888, in-8^o.

droit, dix ans suffisent pour qu'elle soit légitimement prescrite; c'est la sentence commune des docteurs; cette sentence, d'une part, s'appuie sur les textes qui déclarent que tout ce qui se fait contre une longue coutume doit être révoqué; d'autre part, elle se prouve de la façon suivante : si le laps de dix années ne suffisait pas pour qu'une coutume soit légitimement prescrite, c'est au jugement d'hommes sages qu'il faudrait s'en remettre pour savoir quand elle le serait. Or, c'est précisément à un tel jugement d'hommes sages que nous nous en rapportons : car les canonistes et théologiens ont, en effet, communément admis que la coutume en dehors de la loi était légitimement prescrite par une durée de dix ans. Les auteurs qui pensent autrement sont si peu nombreux qu'on peut les passer sous silence.

2^o Par contre, on peut distinguer trois opinions diverses sur la question de savoir par quel laps de temps une coutume contraire à la loi devient légitimement prescrite : a) pour les uns, s'il s'agit d'une coutume contraire à une loi non encore acceptée par le peuple, dix ans suffisent; mais, s'il s'agit d'une coutume contraire à une loi déjà acceptée par le peuple, c'est quarante ans qu'il faut pour qu'elle puisse être considérée comme légitimement prescrite; b) pour d'autres, la distinction proposée, entre la coutume contraire à une loi acceptée et la coutume contraire à une loi non encore acceptée par le peuple, est vaine, et il n'y a aucun motif valable pour que la coutume contraire à une loi non encore acceptée par la communauté soit plus rapidement prescrite que la coutume contraire à une loi déjà acceptée par les sujets : aussi est-ce par quarante ans que la coutume contraire à la loi, que cette dernière ait été ou n'ait pas été acceptée par le peuple, devient coutume légitimement prescrite; ce laps de quarante ans est, en effet, celui qu'impose le droit canonique pour qu'on prescrive contre l'Eglise, et, par ailleurs, plusieurs décisions du tribunal de la Rote font mention expresse de ce laps de temps de quarante années; c) enfin, plusieurs canonistes affirment que dix ans suffisent, *en toute circonstance*, pour qu'une coutume contraire à la loi devienne légitimement prescrite; ils raisonnent ainsi : il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre le droit civil et le droit canonique, quand cette distinction ne s'impose pas; or dix ans suffisent en droit civil pour qu'une coutume contraire à la loi triomphe de cette loi et, par ailleurs, nulle part, le droit canonique ne s'insurge contre cette disposition du droit civil; c'est donc que dix années suffisent aussi pour qu'une coutume contraire triomphe de la loi canonique. — Qu'on ne nous objecte pas, ajoutent les partisans de cette troisième opinion, les décisions du tribunal de la Rote; car les décisions qu'on pourrait nous opposer visent des cas où la coutume porte préjudice à des droits particuliers possédés par des tiers, par exemple, à des droits particuliers possédés par des clercs. Or tout le monde est d'accord pour reconnaître que, pour pres-

crire contre les biens des églises, il faut quarante ans. Mais nous parlons, nous, de coutumes qui, par exemple, exemptent toute une communauté de l'obligation d'une loi, et nullement de coutumes portant préjudice à des clercs ou à des églises. Les décisions prises par le tribunal de la Rote n'ont donc rien à voir dans ce débat.

En présence de ces trois opinions, Bouix propose les conclusions suivantes : il est certain, d'une part, que dix ans au moins sont requis et, d'autre part, que quarante ans suffisent, pour qu'une coutume, contraire à la loi et ignorée du souverain, acquière force de loi par la voie de la prescription; mais il reste douteux, étant données la pratique de l'Eglise et les décisions des tribunaux romains, qu'une coutume, contraire à la loi et ignorée du souverain, puisse triompher de la loi en moins de quarante ans, et puisse être dite légitimement prescrite dès qu'elle a plus de dix années d'existence (Bouix, sectio VI, ch. II, § IV). — Bouix ne se prononce donc pas catégoriquement sur cette question. Aussi bien est-ce dans l'étude qu'il entreprend sur l'abrogation de la coutume qu'il se montre plus personnel, non pas tant, il est vrai, par la façon dont il traite la question générale de l'abrogation de la coutume, que par l'insistance qu'il met à examiner la validité ou la non validité des coutumes nées postérieurement au Concile de Trente et contrairement aux décrets portés par ce Concile.

5^o *Comment la coutume est-elle abrogée? et, tout particulièrement, les coutumes nées postérieurement et contrairement aux décrets du Concile de Trente sont-elles valables?*

Etudions d'abord, dit Bouix, *les divers modes d'abrogation de la coutume*. D'une façon générale les coutumes, peut-on affirmer, sont abrogées, ou par une loi postérieure contraire, ou par une coutume postérieure contraire, ou par une loi antérieure prohibant à l'avance toute coutume qui lui serait opposée.

A. — Tout d'abord, la coutume est abrogée par une loi postérieure qui lui est contraire, mais dans des conditions différentes, selon que la coutume est générale, ou particulière, ou immémoriale. — La coutume générale est abrogée par toute loi qui lui est contraire, dès la promulgation de cette loi, et sans qu'il soit besoin que la loi fasse mention de cette coutume. — Quant aux coutumes particulières, qui ne sont pas immémoriales, elles ne sont supprimées par la loi nouvelle que si cette loi porte la mention : non obstant toute coutume contraire; la présence de cette clause prouve que le souverain sait qu'il y a des coutumes contraires à sa loi et qu'il entend les supprimer. — Mais la coutume immémoriale, qui jouit d'un titre particulier, ne se trouverait abrogée par une loi munie de la clause « non obstant toute coutume contraire » que dans trois cas : d'abord, si la loi déclarait que toute coutume contraire est non raisonnable; puis, si la raison pour laquelle le législateur a déclaré, en

termes exprès, qu'il portait sa loi, valait à titre égal contre la coutume immémoriale et contre les autres coutumes; enfin, si le législateur déclarait que toutes les coutumes contraires à sa loi sont abrogées, sauf une seule qu'il désignerait et qui ne serait pas la coutume immémoriale elle-même. En toute autre circonstance, la clause « non obstant toute coutume contraire » adjointe à une loi n'abroge pas la coutume immémoriale (Bouix, sectio VI, c. IV, § 1).

B. — En second lieu, la coutume est abrogée par une coutume postérieure qui lui est contraire : tout le monde est d'accord sur ce principe; car, de même qu'une loi nouvelle abroge la loi qui lui est contraire, de même une coutume nouvelle abroge la coutume ancienne qui lui est contraire. Mais le désaccord commence dès qu'on cherche à déterminer la durée que doit avoir une coutume nouvelle pour pouvoir abroger la coutume ancienne :

a) Si la première coutume est en dehors du droit, *præter legem*, il suffit de dix ans pour que la seconde qui lui est contraire l'abroge; car, si on a présumé d'une façon légitime que, après un laps de dix ans, le souverain avait donné son consentement soit tacite soit légal à la première coutume, la même supposition vaut pour la seconde coutume encore qu'elle s'oppose à la première.

b) De même, si la première coutume est contraire au droit et que la seconde remette le droit commun en vigueur, dix ans suffiraient et seraient requis pour que cette seconde coutume acquière force juridique, du moins de l'avis de beaucoup de juristes : en effet, dit-on, une coutume qui fait retour au droit commun n'est plus une coutume contraire au droit, mais bien plutôt une coutume conforme au droit; dès lors, il faut lui appliquer la loi de la prescription qui régit les coutumes conformes au droit; or cette loi décrète que dix ans suffisent pour que de telles coutumes soient légitimement prescrites. — Cependant, ajoute Bouix, cette opinion ne me paraît pas suffisamment fondée : car la force de toute coutume lui vient du consentement du souverain, consentement soit exprès soit tacite soit légal (Bouix fait donc du consentement du souverain l'élément essentiel de la validité de la coutume); dès lors, toute la question est de savoir à quel moment précis le souverain peut être considéré comme donnant son consentement à la coutume qui fait retour au droit commun. Or, il semble bien que ce soit, dès l'instant même où la coutume est observée par la majeure partie de la communauté, que le souverain lui donne son consentement : il est en effet à présumer que le souverain préfère toujours qu'on obéisse à la loi qu'il a portée. Si donc il a donné son consentement à la première coutume qui s'opposait à cette loi, cela n'a pu être qu'avec cette restriction : je consens à cette coutume contraire à ma loi pour le temps qu'il plaira au peuple de l'observer, mais pour ce temps-là seulement. En conséquence, dès l'instant où le

peuple préfère à nouveau observer la loi et abandonne la coutume qui lui était contraire, le souverain est censé retirer à cette coutume contraire à la loi son consentement et le transférer à la nouvelle coutume conforme à la loi (Bouix, sectio VI, c. IV, § 3). — Le raisonnement tenu par Bouix ne manque à coup sûr pas de force, et il semble bien en effet que, du moins théoriquement parlant, une coutume postérieure, qui abroge la coutume antérieure qui était contraire à la loi, acquière force juridique sans avoir à se soumettre à la durée d'aucune prescription, et dès le moment même où le souverain lui donne son consentement; mais, en pratique, il reste toujours à déterminer à quel moment on peut présumer légitimement que ce consentement est donné. La difficulté n'est donc pas complètement résolue par Bouix. Aussi bien, est-ce surtout dans la façon dont il résout la question de l'abrogation de la coutume par une loi antérieure à l'apparition même de cette coutume, que Bouix se montre le plus personnel.

C. — La coutume, déclare-t-il en troisième lieu, peut être abrogée par une loi antérieure à l'apparition de cette coutume, dès lors que la loi prohibe à l'avance toute coutume contraire à ses prescriptions.

La question n'est ni oiseuse ni chimérique; car Pie IV (1559-1565) a déclaré que les décrets du concile de Trente vaudraient, en dépit de toutes les coutumes contraires qui pourraient s'introduire dans l'avenir; et, par ailleurs, plusieurs lois comportent des clauses qui annulent à l'avance toutes coutumes contraires. Il y a donc bien lieu de se demander si de telles clauses prohibitives s'opposent efficacement à la formation de coutumes valables. La question est, il est vrai, très controversée, et elle demande à être étudiée d'une façon générale d'abord, puis d'une façon particulière en ce qui concerne les décrets publiés par le Concile de Trente.

Premier point. — Sur le premier point, à savoir si, d'une manière générale, les lois peuvent condamner à l'avance, d'une façon efficace, les coutumes futures qui leur seraient contraires, Bouix reproduit, d'abord, l'enseignement de Suarez qui déclare plus probable l'opinion niant la validité de ces clauses prohibitives; puis, il ajoute: généralement parlant, on peut soutenir que l'une et l'autre opinion, celle qui affirme la validité de ces clauses prohibitives et celle qui la nie, sont probables et peuvent être également acceptées, puisque les auteurs les plus autorisés sont en désaccord. Mais, en ce qui concerne les décrets du concile de Trente, la même conclusion ne me semble pas pouvoir être proposée, ajoute Bouix, qui entre de plain-pied dans l'examen détaillé de cette seconde question.

Deuxième point. — Sur ce second point, à savoir si les coutumes, nées postérieurement aux décrets du Concile de Trente et contrairement aux prescriptions contenues dans ces décrets, sont valables, la question est d'autant plus grave pour la France que, depuis la nouvelle constitution des églises en 1801, ces églises ont fait retour au pur droit commun, donc au

droit établi par le concile de Trente. — Nous procéderons donc, continue Bouix, à l'examen de cette question en citant successivement, d'abord, l'opinion qui déclare que ces coutumes sont nulles, puis, celle qui les déclare valables; nous verrons, ensuite, quelle est la pratique des Congrégations romaines et des tribunaux romains; nous nous efforcerons, enfin, de mettre en lumière les conclusions qui se dégagent de ces diverses considérations.

a) Des docteurs d'une autorité incontestable soutiennent que les coutumes postérieures et contraires aux décrets du Concile de Trente sont nulles. — En effet, disent ces docteurs, cela résulte, d'abord, de la constitution *Benedictus Deus* de Pie IV lui-même, constitution qui est ordinairement placée à la suite des décisions de ce Concile et qui figure au second livre du Bullaire romain. Cette constitution abroge tout ce qui est contraire aux décisions du Concile; elle envisage tous les chapitres, et chacun des chapitres, de ce Concile et elle annule les coutumes qui violent les prescriptions contenues dans ces mêmes chapitres. — Puis, cette opinion est confirmée par le raisonnement tenu par Piton devant le tribunal de la Rote en 1719. La question à résoudre était la suivante : la coutume immémoriale exempte-t-elle de la loi par laquelle le concile de Trente prescrit un concours avant de pourvoir aux bénéfices ecclésiastiques? Piton, avocat de la Cour romaine, fut chargé par la Rote de défendre la cause; il raisonna ainsi : aucune coutume immémoriale ne peut valoir contre la loi du concours. En effet, cette coutume serait ou antérieure ou postérieure au Concile; or, dans l'un et dans l'autre cas, elle ne saurait avoir de force : car, d'une part, elle ne peut avoir existé avant le Concile, puisque c'est le Concile qui a établi la loi du concours, et, d'autre part, aucune coutume immémoriale n'a eu le temps de se former postérieurement au Concile. Tout au plus, pourrait-on parler de coutume centenaire : mais toute coutume centenaire est rendue nulle à l'avance par le décret du Concile de Trente et la constitution de Pie IV. Donc aucune coutume immémoriale ne peut exempter de la loi du concours. — Enfin, de Luca (1), Pignatelli, (2) Fagnanus, Devoti (3), et le cardinal Petra (4) font observer, pour soutenir leur

(1) Jean-Baptiste de Luca, né à Venise, en 1614, cardinal en 1681, mort en 1683, s'est tout spécialement consacré à l'étude des décisions romaines : *Theatrum veritatis et justitiæ, cum decisionibus Rotæ*, Romæ, 1669, 21 vol. fol.; *Annotationes practicæ ad Concilium Tridentinum*, Romæ, 1684, in-fol. (Schulte, III, p. 487).

(2) Jacques Pignatelli, canoniste, que Phillips qualifie de profond, savant et exact, est l'auteur de *Consultationes canonicæ*, Romæ, 1668, 3 vol. in-fol. (Phillips, p. 387).

(3) Jean Devoti, né à Rome, en 1744, professeur de droit canonique à la Sapienza, évêque d'Anagni, archevêque de Carthage, mort en 1820. Ses principaux ouvrages sont : *Jus canonicum*, Romæ, 1803, 3 vol. in-fol.; *Institutionum canonicarum libri IV*, Romæ, 1816, 4 vol. in-4° (Schulte, III, p. 528).

(4) Vincent Petra, né à Naples, en 1662, secrétaire de la Congrégation du Concile et

opinion, conforme à celle de Piton, que les secrétaires de la Congrégation du Concile réclament sans cesse la nullité des coutumes qui sont contraires aux décrets du Concile de Trente. C'est donc qu'aucune de ces coutumes ne peut acquérir force de loi.

b) D'autres canonistes soutiennent l'opinion contraire, à savoir que des coutumes contraires aux décrets du Concile de Trente peuvent s'introduire valablement : ainsi pensent le Père Söll (1) de la Compagnie de Jésus et Covarruvias, qui semblent dire que leur opinion représente une opinion presque commune et qui proposent l'argument suivant qui ne manque certainement pas de valeur : Une coutume postérieure et contraire aux décrets du Concile de Trente peut acquérir à coup sûr force juridique : car la clause qui annule toute coutume contraire à ces décrets ne peut annuler que les coutumes antérieures à ces décrets, ou, si elle annule les coutumes futures, elle ne peut le faire que sous la condition que les circonstances demeureront les mêmes. Or les circonstances ont bien souvent changé, et des exemples nombreux attestent que bien des décrets du Concile de Trente ont été dans la suite limités, restreints ou même abrogés par l'usage (2).

de la Congrégation des Evêques et Réguliers en 1715, cardinal en 1724, mort évêque de Palestrina en 1747; a écrit des *Commentaria ad rom. pontificum constitutiones*, Romæ, 1726, 5 vol. in-fol. et un traité de *Sacra Pœnitentiaria Apostolica*, Romæ, 1712 1 vol. in-fol. (Schulte, III, p. 500).

(1) Antoine Söll, jésuite allemand, professait le droit canon dans l'Université de Dillingen de 1719 à 1724 (Schulte, III, p. 191).

(2) Dans un remarquable article sur la coutume, le chanoine Dolhagaray apporte, d'une façon aussi impartiale que possible, les arguments pour et contre la validité des coutumes contraires aux décrets du Concile de Trente. Les arguments contre la validité de ces coutumes viennent d'être exposés. Il importe de faire connaître les arguments rassemblés par le chanoine Dolhagaray en faveur de leur validité; les voici succinctement résumés; 1° les clauses déroatoires des décrets du Concile de Trente ne suppriment les coutumes futures qu'autant que les circonstances resteront les mêmes. Le Concile n'a jamais prétendu mettre à néant la doctrine traditionnelle sur ce point; 2° les exemples de décrets conciliaires modifiés par l'usage ne font pas défaut : saint Alphonse de Liguori (1696-1787) dit que le pécule est interdit aux religieux par le Concile (*Theologia moralis*, t. IV, n° 15); néanmoins la coutume a tempéré cette rigueur en les autorisant à garder quelques réserves avec la permission des supérieurs. — Benoît XIV lui-même, bien que partisan de l'opinion opposée, concède que la coutume de ne pas réunir chaque année le synode diocésain a pu prévaloir contre les prescriptions du Concile de Trente. — De même en est-il pour l'audition du prône le dimanche dans sa propre paroisse (*De synodo*, l. 1, c. VI, n° 5); 3° quant aux réponses négatives données par la curie romaine, on fait remarquer qu'elles portent sur des coutumes réprouvées comme abusives et, dès lors, inadmissibles, et, par ailleurs, on cite des déclarations du Saint-Siège admettant la légitimité de certains usages contraires aux règles du saint Concile. Par exemple, le Concile avait déferé au curé le choix de ses coopérateurs. En France, l'usage a prévalu de les désigner par décision épiscopale. Or le Saint-Siège, consulté en 1873 par l'évêque d'Aire, a répondu que, en raison de circonstances particulières, il convenait d'observer cet

Qui donc a raison, se demande Bouix, ou de ceux qui affirment qu'une coutume contraire aux décrets du Concile de Trente ne peut acquérir force juridique; ou de ceux qui prétendent que des coutumes contraires à ces décrets peuvent être légitimement introduites? A vrai dire on ne saurait répondre à cette question si on se contentait de considérer la seule doctrine des divers docteurs : car aucune doctrine n'est suffisamment commune pour s'imposer. Aussi convient-il d'examiner avec soin la pratique des tribunaux romains : cette pratique nous apparaît comme un moyen propre à dirimer le débat; étudions cette pratique, déclare Bouix.

c) Si on pouvait solidement prouver que la pratique, constante et uniforme, des Congrégations et tribunaux de Rome est de considérer comme nulles les coutumes introduites contrairement aux décrets du Concile de Trente, on aurait la preuve certaine que le souverain pontife ne donne pas son consentement, même tacite, aux coutumes de ce genre : car, d'une part, c'est par ses tribunaux que le pape déclare le droit et, d'autre part, les décisions de la Congrégation du Concile sont rendues au nom et par l'autorité du souverain pontife. Or, quand on ne peut présumer que le souverain donne son consentement au moins tacite à une coutume, la coutume demeure sans valeur juridique. — Malheureusement, poursuit Bouix, celui-là seul pourrait affirmer que la pratique constante des tribunaux et Congrégations de Rome, c'est de considérer comme inexistantes et d'annuler les coutumes contraires aux décrets du Concile de Trente, qui aurait exploré, par lui-même ou par des intermédiaires absolument sûrs, tous les décrets, et chacun des décrets, du

usage. — De même, au Mexique, l'usage immémorial existait d'ordonner les sujets au titre d'administrateur avec la perspective des subventions qui seraient fournies par les fidèles : or ce titre n'était pas reconnu par le Concile. Le Saint-Siège consulté a répondu le 21 juillet 1877 que la coutume pouvait être maintenue. Les coutumes contraires aux décrets du Concile de Trente ont donc prévalu au moins sur quatre points : convocation annuelle du synode diocésain; pécule des religieux, mariages clandestins maintenus valides en quelques endroits (déclaration de Pie VII dans le bref du 8 octobre 1803 à l'archevêque de Mayence) et collation des bénéfices à charge d'âmes. — L'opinion qui affirme que les coutumes contraires aux décrets du Concile de Trente ont pu acquérir force juridique est soutenue, ajoute Dolhagaray, par Suarez, Reiffenstuel, Pirhing, Schmalzgrueber, Söll, de Angelis, Duballet. Elle aurait commencé à se répandre peu de temps après le Concile de Trente. Un des premiers théologiens qui l'aurait enseignée serait un père du Concile lui-même, et un père ayant contribué à la rédaction des décrets de réformation, à savoir le savant canoniste Covarruvias, d'abord professeur à l'Université de Salamanque, puis évêque d'Audact-Rodrigo, en Espagne, enfin évêque de Ségovie après le concile (*Variarum resolutionum ex pontificio regio et cæsareo jure*, libri IV, in-fol., 1554, Lyon, 1594). De tels arguments et de semblables autorités ne sont certes pas à ignorer et à rejeter sans discussion (*Dictionnaire de théologie catholique* de Vacant-Mangenot-Amann, art. *coutume*):

Concile et aurait pu, par ailleurs, parcourir toutes les collections des décisions rendues par la Cour de Rome. Or nous n'avons pu jusqu'ici nous livrer à un tel travail, avoue Bouix. Néanmoins, ajoute-t-il, nous avons pu nous rendre compte que, en ce qui concerne *plusieurs décrets* du Concile de Trente, la pratique, tant du tribunal de la Rote que celle de la Sacrée Congrégation du Concile, est de considérer comme nulles les coutumes contraires à ces décrets. Voici plusieurs de ces décisions.

En premier lieu, pour parler d'abord du tribunal de la Rote, qu'il nous suffise de citer deux jugements pris dans la collection des plus récentes décisions. Le premier jugement est du 1^{er} septembre 1673; sa sentence porte que toute pratique contraire aux décrets du Concile doit cesser à l'avenir, comme étant directement en opposition avec les décisions du Concile et comme répugnant à la constitution de Pie IV; cette sentence est munie de la clause qui annule les coutumes contraires et elle renvoie à deux autres décisions semblables déjà rendues. — Le second jugement est du 4 juillet 1670 : même à supposer, déclare-t-il, que la coutume dont il s'agit soit prouvée, — c'est de la coutume de conférer les bénéfices sans concours qu'il est question, — elle ne saurait faire obstacle à l'ordre prescrit par le Concile et la constitution de Pie IV, en raison du décret contenu dans cette constitution, lequel annule toute coutume et observance contraires. Et le tribunal de la Rote renvoie à trois autres décisions semblables; ce qui donne en tout sept décisions, lesquelles attestent suffisamment que la pratique et l'usage de la Cour de Rome est de considérer comme nulle toute coutume introduite contre n'importe lequel des décrets du Concile de Trente : car les termes employés le sont sans restriction.

Si maintenant, et en second lieu, nous ouvrons la collection des décisions de la Congrégation du Concile, nous trouvons plusieurs décisions du plus haut intérêt.

C'est d'abord une cause qui concerne le diocèse de Tarentaise : la réponse date du 25 février 1826. En vertu d'une coutume prétendue immémoriale, chaque clerc, et mieux encore chaque communauté, devait offrir à l'archevêque visiteur un subside, contrairement aux décrets du Concile qui n'oblige au subside que ceux-là seuls qui possèdent un bénéfice. — De plus, la coutume voulait que, en plus du subside offert pour le vivre, subside modéré seul prescrit par le décret, on couvrit par un autre subside les frais de voitures, de chevaux ou de route. On soumit donc à la Congrégation les doutes suivants : a) un subside est-il dû à l'archevêque visiteur, et, de quelle nature doit-il être? b) Doit-on à l'archevêque qui visite les frais de route, de chevaux et de voitures? A la première question posée, la Congrégation répondit affirmativement : un subside est dû à l'archevêque qui visite; ce subside est dû selon la forme prescrite par le Concile de Trente; il peut être fourni en nature

ou en espèces, au gré des visités. A la seconde question, la Congrégation répondit négativement, à savoir que les frais de voitures, de chevaux ou de route n'étaient pas dus; cette réponse était conforme au vœu du secrétaire de la Congrégation. Cette décision est d'autant plus à prendre en considération que la demande avait été introduite, non pas par les clercs et religieux visités, mais par l'archevêque lui-même qui redoutait que la perception des frais supplémentaires, qui lui étaient spontanément offerts, ne fût illicite comme contraire au décret du Concile de Trente.

Voici maintenant une autre décision, en date du 5 mai 1785, qui concerne le diocèse de Lérída. Il y est fait mention de deux coutumes de l'église cathédrale. D'une part, les habitants de la ville prétendaient satisfaire au précepte de la communion pascalle dans l'église cathédrale; d'autre part, le curé de la cathédrale prétendait avoir le droit de bénir le mariage de tous les habitants des diverses paroisses de la ville. On proposa à la Congrégation du Concile les doutes suivants : *a)* faut-il s'en tenir à la coutume immémoriale qui veut que les mariages soient bénis par le seul curé de la cathédrale, quel que soit le domicile des futurs? *b)* satisfait-on au précepte de la communion pascalle en faisant cette communion dans l'église cathédrale? Le secrétaire de la Congrégation, en introduisant la demande, faisait bien ressortir l'importance de la réponse qui serait donnée, et rappelait que la bulle de Pie IV condamne les coutumes qui pourraient s'introduire dans l'avenir contre les décrets du Concile. La Congrégation répondit : non, en ce qui concerne le premier doute : donc, il ne faut pas s'en tenir à la coutume qui veut que le curé de la cathédrale bénisse les mariages de tous les habitants de la ville, et la sentence portait les mots : *et amplius*, ce qui signifie, dans le style de la curie romaine, que la même cause ne doit plus être présentée sous prétexte que de nouveaux motifs ont surgi. En ce qui concerne le second doute, la Congrégation ordonna qu'on écrivit à l'évêque d'avertir le chapitre, — mais cela en dehors de toute procédure judiciaire, — qu'il ait à renoncer à la coutume prétendue immémoriale en vertu de laquelle les paroissiens étrangers à la cathédrale pouvaient faire leurs Pâques dans l'église cathédrale (1).

Mais voici une troisième décision non moins intéressante : elle est du 12 mars 1729 et a trait à une prétendue coutume qui existait dans le diocèse de Gubbio, en vertu de laquelle le curé de la cathédrale donnait les sacrements à tous les clercs et prêtres malades de la ville, sans tenir compte de la paroisse de leur domicile; cette coutume avait été approu-

(1) Il est à remarquer que, tout au moins sur ce dernier point, la Congrégation ne condamne pas *expressément* la coutume introduite contrairement aux décrets du Concile de Trente.

vée comme immémoriale par un synode diocésain en 1632, et l'évêque avait menacé de peines canoniques quiconque oserait enfreindre cette coutume. Or, en 1694, les curés des diverses paroisses introduisirent un procès devant leur évêque pour obtenir l'abolition de cette coutume. L'évêque porta sentence contre les curés; ceux-ci en appelèrent à Rome; La question fut ainsi dévolue à la Congrégation du Concile. Elle était ainsi posée : est-il permis au curé de l'église cathédrale de Gubbio d'administrer les sacrements à tous les clercs et prêtres de la ville, au détriment du propre curé du domicile? La Congrégation répondit : non, et déclara que cette administration des sacrements aux clercs malades regardait les curés des diverses paroisses. Elle ajouta à la sentence les termes, *et amplius*, ce qui veut dire, nous le savons, que la même cause n'avait plus à être soumise à son tribunal sous prétexte de nouveaux motifs. Nous nous trouvons donc en présence d'une coutume contraire à un décret du Concile de Trente qui est annulée par la Congrégation du Concile. — Toutefois, ajoute très loyalement Bouix, il n'apparaît pas clairement par le contexte que la Congrégation ait admis comme certain le fait même de l'existence de la coutume, si bien que, absolument parlant, on pourrait objecter que, si la Congrégation a condamné la coutume, c'est parce que son existence ne lui avait pas paru suffisamment prouvée. Néanmoins il est peu probable, remarque Bouix, que ce soit pour défaut de preuve que la Congrégation ait rejeté la coutume : car le décret synodal de 1632 affirmait que la coutume était certaine et immémoriale.

Enfin, citons une dernière décision du 23 novembre 1850 : elle concerne le diocèse de Trieste. La cinquième question posée était la suivante : l'évêque est-il tenu, et dans quelle mesure est-il tenu, de distribuer la part des revenus du chapitre de l'église cathédrale comme distribution quotidienne? Selon une coutume ancienne, les chanoines n'observaient pas, en effet, le décret du Concile de Trente qui prescrivait de répartir le tiers des revenus entre les chanoines qui assistaient chaque jour aux offices du chœur. Or la Congrégation, considérant comme nulle une telle coutume, répondit affirmativement à la question posée, et l'évêque dut procéder chaque jour à la distribution des revenus, selon la forme établie par le Concile (1).

d) Quelles conclusions convient-il donc de tirer, se demande Bouix, de toutes les considérations qui précèdent et mettent sous les yeux la pratique des Congrégations et tribunaux de Rome? Il semble qu'on puisse formuler les conclusions suivantes, répond-il.

(1) Cette décision a été consignée dans la revue : *La Correspondance romaine* à la date du 4 octobre et du 4 décembre 1850.

Première conclusion : il est certain que les Congrégations et tribunaux de Rome considèrent comme nulles les coutumes contraires, tout au moins, à *plusieurs* décrets du Concile de Trente.

Deuxième conclusion : les mêmes Congrégations et tribunaux considèrent-ils comme nulles toutes les coutumes contraires à *tous* les décrets du concile de Trente? Cela n'apparaît pas encore d'une façon indiscutable. Le Père Söll cite même plusieurs coutumes qui auraient prévalu en Allemagne contre les décrets du Concile de Trente, mais les exemples apportés ne prouvent rien : car le souverain pontife a pu observer vis-à-vis de ces coutumes un silence purement diplomatique, et un tel silence n'est pas un consentement. Ces exemples ne constitueraient une preuve que si on pouvait citer, en même temps, une décision des Congrégations romaines les approuvant : mais le Père Söll ne cite aucune décision de ce genre, et, nous-même, ajoute Bouix, nous n'avons pu en découvrir.

Troisième conclusion : les coutumes contraires aux lois du Concile de Trente, qui ne sont pas admises par les Congrégations et tribunaux de Rome, manquent, par le fait même, du consentement tacite du pape, et dès lors, elles sont nulles.

Quatrième conclusion : en conséquence, le simple fait qu'une coutume est contraire aux décrets du Concile de Trente rend douteux que le souverain pontife lui ait donné son consentement même tacite; et ce doute suffit pour que ce soit la loi du Concile de Trente qui possède contre la coutume.

Cinquième conclusion : conséquemment et pratiquement parlant, il n'est permis à personne de violer un décret du Concile de Trente en s'appuyant *exclusivement* sur la simple existence de fait d'une coutume contraire (nous disons *exclusivement*; car une coutume peut être approuvée par le Saint Siège au moyen d'indults ou par d'autres modes); en une telle situation, il faut recourir au Saint-Siège, pour savoir si le souverain pontife donne son consentement à la coutume.

Observons, en terminant cette étude, dit encore Bouix, que les auteurs, qui ont cru qu'une coutume contraire aux décrets du Concile de Trente pouvait acquérir force juridique, n'ont pas assez prêté attention à l'argument tiré de la pratique des tribunaux et Congrégations de Rome. En faisant abstraction de cette pratique, nous-même, nous concéderions volontiers que la coutume contraire peut abroger toute loi humaine, même la loi portée par le Concile de Trente, cette loi fût-elle munie d'une clause condamnant à l'avance toute coutume contraire. Mais, en présence de la pratique des tribunaux et Congrégations de Rome, nous n'osons plus dire la même chose : car cette pratique équivalant à une déclaration sans cesse renouvelée, — par suite des occasions qui se présentent, — que le souverain pontife lui-même veut que les lois du Concile de Trente soient observées d'une façon inviolable et qu'il refuse

son consentement à toutes les coutumes contraires à ces décrets (Bouix, *sectio VI, c. IV, § 2*).

L'étude de l'abbé Bouix s'achève sur cette remarque fort judicieuse : le moment est donc venu de porter sur cette étude un jugement général.

Bouix apparaît, d'abord, comme un canoniste animé de l'esprit de l'Église; puis, comme un canoniste très consciencieux; enfin, et peut-être surtout, comme un canoniste à idées très larges. — Bouix est animé de l'esprit de l'Église, d'abord : aussi un principe essentiel domine-t-il toute sa théorie de la coutume, celui du consentement du souverain; c'est ce consentement qui constitue essentiellement la coutume, puisque c'est lui qui, sous une forme ou sous une autre, — fût-ce sous la forme du consentement simplement légal, — donne à la coutume sa force juridique. Et, pour bien déterminer dans quelles circonstances on peut dire que le consentement du souverain est sûrement acquis, Bouix distingue, d'une façon très heureuse, le cas où le souverain a toute facilité pour protester contre une coutume contraire à la loi et le cas où il n'a pas cette facilité : la distinction est si ingénieuse qu'elle permet de connaître quand le silence observé par le pape peut ou ne peut pas être considéré comme une approbation. A un autre point de vue aussi, Bouix reproduit nettement la pensée de l'Église : le peuple a une part réelle, encore que secondaire, dans la formation de la coutume ecclésiastique : c'est la pratique de la communauté, du moins la pratique de la majeure partie de la communauté, qui introduit la coutume. — Bouix est, de plus, d'une rare conscience; on peut le dire, il est scrupuleux dans ses recherches et dans les solutions qu'il propose : par spontanéité, il admettrait volontiers la validité des coutumes contraires aux décrets du Concile de Trente; mais la pratique de la curie romaine est là avec ses décisions toujours identiques; il renonce donc à l'inclination, pourtant très forte, qui le sollicite du dedans, et il ne craint pas d'affirmer que la prudence oblige à dire que les coutumes contraires aux décrets du concile de Trente n'ont pas le consentement même tacite du pape et, partant, ne sont pas valables. — Cette conclusion coûte d'autant plus d'efforts à Bouix qu'il est d'une largeur de vues indéniable, dès que sa pensée n'est plus bridée par les textes. Sur deux points, en particulier, cette largeur de vues est manifeste. D'une part, Bouix ne craint pas de déclarer que le consentement légal ou juridique ne peut intervenir que dans le cas, et dans le seul cas, où le souverain n'a pas connaissance précise de la coutume. D'autre part, il restreint le rôle de la prescription dans la question de la coutume d'une façon singulière et vraiment neuve : selon lui, seule la coutume contraire à la loi et ignorée du souverain a besoin d'être légitimement prescrite; dans tous les autres cas, le consentement du souverain, si minime qu'on le suppose, — quand bien même il se bornerait à un silence observé dans un moment où le souverain a

toute facilité pour protester, — suffit à lui seul pour conférer force juridique à la coutume. Cette restriction apportée au rôle de la prescription dans la formation de la coutume est grosse de conséquences, si grosse de conséquences même, qu'elle ne semble pas suffisamment sauvegarder les exigences de la décrétale par laquelle Grégoire IX a déclaré que toute coutume, pour pouvoir porter préjudice au droit positif, devait être et raisonnable et légitimement prescrite. — Du moins, cette conception audacieuse de Bouix, jointe à sa distinction entre le silence observé par le pape quand il a la facilité de faire entendre ses protestations et le silence observé par le pape privé de cette même facilité, le distingue-t-elle à jamais de tous ses devanciers et successeurs. Bouix essaie de rendre à la coutume, si sévèrement traitée par l'école allemande du début du XIX^e siècle, un peu de crédit et d'envergure; pour lui, c'est bien plutôt par dix ans que par quarante ans, que la coutume se prescrit dans le seul cas où elle a encore besoin d'apparaître munie de la prescription. Son effort aboutira-t-il à un succès durable? A l'histoire de le dire; au cardinal Gousset d'apporter maintenant son témoignage et de déclarer ce qu'il faut penser de la coutume.

Dans son *Exposition des principes du droit canonique*, publiée en 1859 (1), le cardinal Gousset n'émet d'opinion vraiment personnelle, relativement à la question de la coutume, que sur trois points particuliers : *le rôle de la prescription, d'abord; la nature du consentement que doit donner le souverain, ensuite; la validité des coutumes, liturgiques et autres, introduites en France contrairement aux décrets des conciles ou aux décisions de Rome, enfin.* Mais l'étude de l'archevêque de Reims contient, sur chacun de ces trois points, des considérations si inattendues qu'elle ne peut être passée sous silence.

A. — *En ce qui concerne le rôle que doit jouer la prescription dans l'introduction de la coutume*, le cardinal Gousset, après avoir rappelé la multiplicité des opinions des différents juristes, les uns exigeant dix ans, les autres dix à vingt ans, d'autres encore quarante et même cent ans, déclare qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à la coutume les règles de la

(1) *Exposition des principes du Droit canonique* par son Em. Mgr le cardinal Gousset, archevêque de Reims. Paris, 1859, Jacques Lecoffre, 1 vol. in-8°. C'est dans les chapitres XX à XXX de cet ouvrage que le cardinal Gousset étudie la question de la coutume (du paragraphe 358 au paragraphe 568). Le cardinal Gousset est, avec l'abbé Bouix, un des rares Français qui se soient livrés à une étude quelque peu profonde sur le droit canonique. — Thomas-Marie-Joseph Gousset, né à Montigny-les-Cherlieux (diocèse de Besançon), le 1^{er} mai 1792, prêtre en 1817, professeur de théologie morale à Besançon en 1818, vicaire général de Besançon en 1832, évêque de Périgueux en 1836, archevêque de Reims en 1840, cardinal de la Sainte Eglise en 1850, mort en 1866, combattit avec une farouche énergie le gallicanisme. Il a édité aussi une théologie morale en 2 vol. in-8°, Paris, 1851, et quelques opuscules sur les rapports du Code civil avec la théologie morale (Schulte, III, p. 665).

prescription proprement dite, et que mieux vaut s'en rapporter à la commune estimation des hommes prudents et aux décisions des juges compétents, pour savoir quand une coutume est légitimement prescrite. « Ce sentiment est au moins probable, de l'aveu même de ceux qui pensent différemment, affirme le cardinal Gousset; il est bien probable, au dire de Billuart (1), *bene probabilis*; très probable, *valde probabilis*, au jugement de l'auteur du *cours de théologie du collège de Salamanque*. Nous le croyons même plus probable que l'opinion contraire. On nous opposera les lois de la prescription; mais on ne peut nous les opposer sans confondre deux choses qui diffèrent essentiellement l'une de l'autre. Tous les docteurs, sans en excepter un seul, reconnaissent les caractères distinctifs de la coutume et de la prescription. On ne peut donc appliquer à la coutume ce qui convient en droit à la prescription des immeubles, sans avoir la prétention de suppléer au silence de la loi, ce qui ne peut avoir lieu qu'arbitrairement. Aussi les auteurs, tant théologiens que canonistes et jurisconsultes, en soutenant le sentiment qui n'exige point pour la coutume le même espace de temps que pour la prescription, se fondent tous sur la différence essentielle qui se trouve entre les deux choses. C'est en partant de là qu'ils enseignent qu'on ne peut déterminer, d'une manière précise, le temps nécessaire pour une coutume obligatoire; qu'il faut plus ou moins de temps, suivant qu'on a plus ou moins de raisons de présumer que le législateur approuve tel ou tel usage et le ratifie, que plus un usage est général et fréquent, plus il est notoire, plus il est important dans son objet, eu égard aux mœurs et à l'esprit du temps, moins il faut de temps pour le convertir en loi. Et le cardinal Gousset cite plusieurs théologiens qui pensent comme lui: Soto (1) d'abord, puis Vasquez (2) qui dit que tel est également le sentiment de l'école de Saint-Thomas. Nous pouvons aussi réclamer le suffrage de plusieurs célèbres jurisconsultes qui n'ont pas moins d'autorité que les canonistes sur la question qui nous occupe; car les règles générales concernant l'originê, la nature et les effets de la coutume sont les mêmes dans le droit canonique que dans le droit civil. Or voici ce que

(1) Billuart (René), théologien, né à Revin (Ardenne), 1685-1757, fut provincial des Dominicains. Il a publié une *Summa S. Thomæ hodiernis academiarum moribus accommodata*, Liège, 1746-1751, 19 vol. in-8°.

(1) Dominique Soto, théologien espagnol, né à Ségovie, 1494-1560, entra chez les Dominicains en 1524, professa avec succès à Salamanque, fut envoyé par Charles-Quint au Concile de Trente, puis devint confesseur de l'empereur. Théologien estimé : *De iustitia et jure*, *De natura et gratia*, *De legendis secretis*, etc.

(2) Gabriel Vasquez, théologien espagnol, né à Belmonte (Nouvelle Castille), 1551-1604, était jésuite. Il professa la théologie à Alcalá, puis à Rome, et mérita d'être nommé l'*Augustin de l'Espagne*, la *lumière de la théologie*. Ses ouvrages ont été réunis en dix volumes in-fol., Lyon, 1604.

dit Dunod (1), professeur à l'ancienne faculté de droit de Besançon : je crois mieux fondé le sentiment de ceux qui laissent à l'arbitrage du juge de décider, par le nombre et la qualité des actes, si la coutume est acquise, si les actes sont tels et s'il s'est écoulé un temps assez long pour que le public et le législateur en aient eu connaissance, parce que l'établissement de chaque coutume dépendant des faits et des circonstances, il n'est pas possible de donner sur cela une règle certaine et invariable. Merlin (2) s'exprime comme Dunod dans son Répertoire de jurisprudence. C'est aussi la doctrine de Toullier (3). C'est aux juges de décider par le nombre et la qualité des actes si l'usage est établi, si la coutume est acquise, si elle est prouvée, s'il s'est écoulé un temps assez long pour que le public et le législateur en aient connaissance. L'établissement de l'usage dépend donc des faits et des circonstances. Il n'est pas possible de donner sur ce point des règles certaines et invariables. On le prouve ordinairement par l'autorité des choses jugées, *rerum perpetuo similiter judicatarum* (l. 38, Dig., de leg.), par le témoignage des magistrats, des jurisconsultes, des avocats et des praticiens, et d'après les mêmes considérations, en matière ecclésiastique, par le témoignage des canonistes, les décisions des évêques, la pratique et la jurisprudence de ceux qui sont chargés d'office de faire observer les lois de l'Église. — En remontant plus haut, nous trouvons encore la même doctrine dans Vinnius (4) Antoine Faber (Fabre), Menochius (5) et Cujas. — C'est en vain que l'on nous objecterait le mot *præscripta* dont s'est servi le pape Grégoire IX en parlant de la coutume qui abroge la loi; car rien n'annonce

(1) François-Ignace Dunod de Charnage, jurisconsulte, né à Saint-Claude, 1679-1752, a publié plusieurs ouvrages qui jouissaient d'une grande autorité avant notre nouvelle législation. *Traité des prescriptions*, 1734; *Observations sur la coutume du comté de Bourgogne*, 1756, etc.

(2) Ph. Antoine Merlin, dit Merlin de Douai, né à Arleux en Cambrésis, 1754-1838, avocat estimé du barreau de Douai, député aux Etats-Généraux, puis à la Convention, siégea à la Montagne. On lui doit la *Loi sur les successions*, le *Code des délits et des peines*, et de savants ouvrages qui l'ont fait surnommer le *Papinien moderne*, le *prince de nos jurisconsultes*; *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*; *Recueil alphabétique des questions de Droit*.

(3) Ch.-Marie Toullier, né à Dol en Bretagne, 1752-1835, jurisconsulte agrégé à la Faculté de droit de Rennes, puis doyen de cette Faculté. Toullier commença dès 1811 la publication d'un grand ouvrage qui résumait ses cours : *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 1811-1820, 9 vol. in-8°. Ce traité, qui a mérité à Toullier le surnom de *Pothier moderne*, ne fut pas terminé et ne comprend que les 1581 premiers articles du Code.

(4) Vinnius, Arnol. Vinnii, *Institutionum Imperialium commentarius*, lib. I, tit. II.

(5) Jean-Etienne Menochius, jésuite, né à Pavie, 1576-1655, était fils de Jacques Menochius (célèbre jurisconsulte de Pavie, 1532-1607). Il fut longtemps chargé d'expliquer les Saintes Ecritures au collège de Milan; on a de lui une *Expositio sensus literalis totius Scripturæ*, Cologne, 1630, et Paris, 1719, 2 vol. in-fol.; *De republica Hebræorum*, Paris, 1648, 2 vol. in-fol.

que ce pape ait pris cette expression dans un sens propre, strict et rigoureux, dans le sens d'une prescription proprement dite. Concluons donc, d'après Vinnius, Faber, Cujas et Menochius, que l'on doit plutôt s'en rapporter à la décision du juge et de l'autorité supérieure, que de s'en tenir au *decennium* de la plupart des canonistes, quand il s'agit de déterminer quel est l'espace de temps nécessaire pour que la coutume acquière force de loi. Quand il s'agit de prononcer si une coutume a duré assez de temps pour acquérir force de loi, il ne peut y avoir d'autre règle certaine que l'interprétation des juges compétents, que la jurisprudence romaine ou les décisions plus ou moins explicites des évêques, selon la diversité des coutumes, en matière canonique, et la jurisprudence des tribunaux séculiers en matière civile (Gousset, ch. XXII, n. 375 à 382).

Certes le cardinal Gousset défend solidement son opinion; il la défend même avec beaucoup d'habileté et de netteté. Mais cette opinion est-elle dans le sens de la tradition? Ne plus requérir aucun laps de temps déterminé pour la validité d'aucune coutume, soit conforme à la loi, soit en dehors de la loi, soit contraire à la loi, n'est-ce pas aller contre la décrétale de Grégoire IX et donner à l'expression *coutume légitimement prescrite* un sens vraiment nouveau? — L'archevêque de Reims ne craint pas, d'ailleurs, d'émettre des interprétations nouvelles, mais ici c'est, par extraordinaire, pour se montrer, au moins apparemment, plus large que la plupart des canonistes, tandis que, d'une façon générale, les interprétations du cardinal Gousset sont plutôt rigoristes et plus sévères que celles de ses prédécesseurs, comme il apparaîtra par la suite de cette étude.

B. — *En ce qui concerne la nature du consentement que le souverain doit donner à la coutume*, le cardinal Gousset, après avoir rappelé la nécessité de ce consentement, prouve que le consentement dit légal ne saurait suffire, mais que le consentement tacite est requis et suffisant.

Tout d'abord, l'archevêque de Reims rappelle que le consentement du souverain est indispensable à la formation juridique de la coutume : « quelque générale et ancienne que soit une coutume, dit-il, elle ne peut avoir force de loi sans le consentement du législateur. Pour qu'une coutume de fait devienne coutume de droit, il faut qu'elle ait le concours des habitants du pays où elle s'introduit et le concours du législateur sans le consentement duquel elle demeure impuissante; autrement, elle n'est qu'un simple usage qui ne peut, de lui-même, ni introduire une nouvelle loi, ni abroger celle qui lui est contraire. Suarez regarde le consentement du prince comme principale cause efficiente du droit coutumier ».

Puis, sans insister sur cette vérité incontestable, le cardinal Gousset distingue avec soin deux sortes de consentement et les définit l'un et l'autre : « Le consentement du législateur peut être personnel ou légal.

Il est personnel lorsque le souverain a connaissance de l'usage qui s'établit et qu'il consent à son établissement. Si ce consentement se manifeste par quelques actes positifs, publics, directs et conformes à l'usage, on l'appelle consentement exprès. Si, au contraire, le souverain garde le silence, si, malgré la connaissance qu'il a de tel ou tel usage, il le laisse s'affermir et se perpétuer par une jurisprudence générale et constante, son consentement n'est que tacite; et l'on peut alors présumer raisonnablement qu'il consent réellement, quoique tacitement, à ce que l'usage soit obligatoire ou qu'il abroge la loi écrite, à laquelle il est contraire. Mais on ne doit pas confondre le consentement tacite et présumé avec le simple silence ou le défaut de réclamation de la part du législateur; car ce silence du souverain à l'égard d'un usage, même ancien, n'est pas, par lui-même, une preuve qu'il l'approuve ou qu'il y consent; il est des usages que l'autorité supérieure tolère et n'approuve point. Une simple tolérance, comme le fait remarquer *le rédacteur des conférences du diocèse d'Angers*, ne suffit pas; il faut quelques marques d'approbation (conférence sur les Lois, conf. XI, q. 3). — Le consentement légal ou juridique est ainsi appelé, parce qu'il est renfermé dans les lois mêmes qui approuvent et autorisent toute coutume revêtue des conditions prescrites par le droit. *Posita tali (rationabili et legitime præscripta) consuetudine*, dit le Père Antoine, *Princeps consentit saltem legaliter, ul lex non amplius obliget. Obligationis autem perseverantia, sicut ejus impositio, pendet a libera voluntate Principis* (*Theol. moral. tract. de légibus*, cap. II, quæst. 6). Telle est la notion que les canonistes nous donnent du consentement légal. Il n'en est pas de cette espèce de consentement comme du consentement tacite : celui-ci suppose que le législateur a connaissance de l'usage qui se forme et s'établit, tandis que le consentement qu'on appelle légal ou juridique suppose au contraire qu'il n'en a pas connaissance ».

Ensuite, ces notions bien précisées, le cardinal Gousset étudie les deux questions suivantes : *le consentement légal suffit-il? Le consentement tacite est-il requis et suffisant?* C'est au sujet de la première de ces deux questions que le cardinal se montre particulièrement intransigeant et d'une sévérité qui lui est propre; il faut donc le suivre dans son développement.

« L'usage, ou ce qui revient au même, une coutume générale, uniforme et observée sans interruption pendant un long espace de temps, est-elle suffisamment autorisée par le consentement légal ou juridique du législateur? — Ou, pour parler plus clairement, *ce qu'on appelle consentement légal est-il un vrai consentement?* — La plupart des canonistes sont pour l'affirmative et raisonnent ainsi : le consentement est juridique quand un législateur a déclaré, par une loi positive, qu'une coutume qui a certains caractères a elle-même force de loi. Dès qu'il s'en trouve

quelqu'une qui les réunit tous sans exception, alors il n'est pas nécessaire que le prince y consente positivement. Il y a consenti par avance de la manière la plus solennelle, en établissant les conditions sous lesquelles la coutume peut passer en loi. Aussi, lorsqu'il est parlé dans le droit des qualités que doit avoir une coutume pour introduire une loi nouvelle ou en abroger une ancienne, il n'est point souvent question du consentement du souverain, parce que la réunion de toutes ces qualités renferme nécessairement son consentement. Le droit canonique, par exemple, ne demande, dans une coutume, rien autre chose que d'être raisonnable et légitimement prescrite. Le droit romain s'explique à peu près de la même manière ».

« Comme les raisons mises en avant en faveur de cette opinion nous paraissent beaucoup plus spécieuses que solides, comme on suppose plutôt qu'on ne le prouve que le souverain, le pouvoir législatif, ratifie ou a ratifié d'avance une coutume qu'il ne connaît pas, nous pensons qu'on doit préférer le sentiment, fût-il réellement moins commun, de ceux qui ne regardent point le consentement *légal*, comme un vrai consentement, comme une véritable approbation, et exigent au moins le consentement *tacite* du législateur. En effet, on suppose qu'il existe, dans le droit canonique ou dans le droit césarien, dont les principes sur la coutume sont les mêmes, une loi générale statuant qu'un usage raisonnable qui a duré un certain espace de temps, a force de loi, et qu'il renferme, par là même, le consentement du souverain. Bien certainement, s'il en était ainsi, il n'y aurait pas de difficulté. Mais quelle est la loi ecclésiastique, quelle est la loi du droit romain qui ait *déclaré* que tel ou tel usage de dix, de vingt, de trente, de quarante ou de cent ans, a par lui-même, *ipso facto*, force de loi, même lorsque le législateur n'aurait aucune connaissance de cet usage, ce qui peut arriver assez facilement pour les coutumes locales, surtout si l'on n'exige qu'une durée de dix ans? On dit que *le droit canonique ne demande, dans une coutume, rien autre chose que d'être raisonnable et légitimement prescrite*. Mais le pape Grégoire IX, en exigeant qu'une coutume soit raisonnable et légitimement prescrite pour pouvoir abolir une loi, ne dit pas que cela suffit : il n'exclut pas plus la nécessité d'un vrai consentement du législateur, qu'il n'exclut la nécessité pour la même coutume d'être générale, uniforme et publique. D'ailleurs a-t-il déterminé, précisé l'espace de temps qu'un usage devait parcourir pour être légitimement prescrit? Non; aussi y a-t-il sur cette question la plus grande variété d'opinions ».

« Mais laissons parler Vasquez, l'un des plus savants commentateurs de saint Thomas : la coutume, dit-il, tire sa force, non pas du seul consentement du peuple..., mais du consentement du souverain lui-même... Aussi je ne vois pas sur quel fondement s'appuie Antoine, pour affirmer que la coutume peut déroger à la loi sans la connaissance du souverain

et, par conséquent, sans son consentement. Cette opinion ne repose en effet sur aucune raison : car, en premier lieu, la coutume ne peut pas obtenir force de loi du seul fait qu'elle tire son origine du consentement du peuple, du moment que le peuple a au-dessus de lui un souverain comme législateur, et dès lors elle ne peut pas abroger une loi établie par le souverain ou devenir elle-même la loi. En second lieu, Antoine a beau dire qu'il est difficile que le souverain ait connaissance de toutes les coutumes, cela ne saurait empêcher qu'une coutume, non connue du souverain, demeure sans force légale... En troisième lieu, il n'est pas possible d'admettre, comme le veulent certains docteurs modernes, que les souverains ne rendent obligatoires leurs lois que sous la condition qu'elles ne seront pas supprimées par un usage contraire et continu : aucun souverain n'a encore en effet émis une telle proposition et aucun droit ne renferme semblable mention... Ainsi donc, pour que nous puissions juger qu'une loi est abrogée par une coutume, il est nécessaire que le souverain ait donné de quelque façon son consentement à la coutume contraire à la loi, soit qu'il en ait été ainsi décidé par une de ses propres lois ou par une loi d'un de ses prédécesseurs, soit qu'il connaisse personnellement l'existence de cet usage : en toute autre hypothèse, sur quel fondement pourrions-nous nous appuyer pour dire que le souverain donne son consentement même simplement tacite à l'usage. Or il est manifeste que la coutume contraire à la loi ne peut obtenir force juridique que par quelque consentement du souverain, car c'est la même puissance qui crée la loi et qui l'abroge ».

« Comment en effet, reprend le cardinal Gousset, le pape pourrait-il ratifier une coutume qui déroge aux saints canons, aux décrets ou aux constitutions apostoliques, s'il n'a aucune connaissance de cette coutume? Comment pourrait-il juger si elle est *raisonnable*, vraiment utile aux diocèses, aux provinces qui l'ont introduite, si elle leur est plus utile que la loi qui lui est contraire? Comment pourrait-il approuver un usage dont il ne connaît ni l'origine ni l'objet, sans savoir s'il n'est point fondé sur l'ignorance d'une loi, sur une erreur de droit, sur la crainte ou sur une pression morale et persévérante, incompatible avec le volontaire; s'il n'est point le résultat d'une opposition systématique à la pratique et à l'esprit de la sainte Église romaine, ou de certaines préventions contre le Saint-Siège. Ainsi donc, quand il s'agit d'une coutume locale contraire à un point de discipline générale, il est impossible de savoir si elle est légitime, à moins que le pape, en ayant connaissance, n'ait fait connaître, par un acte quelconque, ou par les déclarations de ses tribunaux qu'on peut la suivre, ou la *tolérer* jusqu'à nouvel ordre. C'est à lui à juger si une coutume contraire au droit commun a pour elle des raisons plus fortes que celles qui militent en faveur de la *loi* ».

Le cardinal Gousset est sévère. Il semble bien interpréter d'une ma-

nière trop littérale et trop étroite les auteurs qu'il cite. Du moins va-t-il présentement s'efforcer de prouver que *le consentement tacite du souverain est requis et suffisant*, mais ce sera pour donner du consentement tacite une notion nouvelle et quelque peu surprenante. « Saint Antonin, poursuit l'archevêque de Reims, pense que le consentement du pape est nécessaire pour introduire une coutume qui déroge au droit commun en matière canonique (*Summa theologica*, pars I, tit. XVI, de consuetudine). C'est aussi le sentiment de Ponce de Léon, (1) en latin Pontius (de matrimonio, lib. VI, cap. VI, n. 7), et autres canonistes (Benoît XIV, 1740-1758, de synodo diocesana, lib. XIII, cap. 5, n. 3). Mais, si on prend à la lettre le mot « expressus » dont se servent ces auteurs, cette opinion est généralement rejetée : presque tous les théologiens, canonistes et jurisconsultes n'exigent que le consentement légal ou le consentement tacite. Nous n'admettons pas le consentement légal, il n'est point à nos yeux un vrai consentement; le consentement au moins tacite du législateur est donc nécessaire, mais ce consentement suffit; il n'est pas nécessaire qu'il soit exprès, ou que le législateur déclare expressément qu'il approuve telle et telle coutume, ou qu'on peut la suivre et s'y conformer dans la pratique de préférence à la loi ».

« En disant que le consentement tacite est suffisant, nous le distinguons d'un simple silence, reprend le cardinal Gousset, qui craint qu'on interprète trop largement sa pensée. De sa nature le silence ne dit rien, ni pour ni contre. Quand le législateur ne fait connaître, en aucune manière, ce qu'il pense d'une coutume, qu'il la connaisse ou ne la connaisse pas, on ne peut en conclure qu'il l'approuve; et, tandis qu'il n'est pas constant qu'il l'approuve, on ne peut la regarder comme étant autorisée par le législateur, et l'on doit se déclarer pour la loi, qui ne cesse d'obliger que lorsqu'elle est certainement remplacée par une autre loi ou une coutume contraire. Or, pour qu'elle soit certainement remplacée par une coutume contraire, il faut que la coutume soit certainement approuvée par le législateur, et, pour qu'on puisse se conformer à cette coutume, il est nécessaire qu'on sache certainement qu'elle a été approuvée. On le sait; le silence du législateur à l'égard d'une coutume, même de celle dont il a connaissance, n'est point un signe d'approbation. Si la coutume est contre le droit commun, ce silence est plutôt un acte de tolérance que le signe d'un vrai consentement. Il y a le temps de se taire et le temps de parler, le temps de tolérer ce qu'on n'approuve pas, le temps de le condamner et le temps de le proscrire ou de l'approuver, s'il y a lieu. Que de choses l'on tolère, que l'on souffre par prudence et

(1) Louis Ponce de Léon, 1528-1591, poète et théologien espagnol, était moine augustin. La meilleure édition de ses œuvres a paru à Madrid en 6 vol. in-8°, 1804-1816.

que le bien général ne permet pas de sanctionner (c. 18, *quum jamdudum*, X, de *præbendis et dignitatibus*, III, 5). On ne peut donc se prévaloir d'un simple silence ou du défaut de réclamation de la part du souverain pontife en faveur d'une coutume locale, soit nationale, soit provinciale, soit diocésaine, quelque ancienne qu'elle soit, si elle tend à déroger, en tout ou en partie, à une loi canonique et générale. Aussi nous ne faisons pas consister le consentement du pape dans un silence absolu : que ce soit par des paroles ou par une longue suite de faits qu'il manifeste sa volonté, qu'il la fasse connaître par des actes personnels plus ou moins explicites, ou par les déclarations de ceux qui répondent en son nom aux consultations qu'on lui adresse, il est nécessaire qu'on sache, ou qu'il regarde telle et telle coutume comme légitime, ou qu'il permet de la suivre; tant qu'il n'aura pas jugé à propos de rien statuer à cet égard, une simple tolérance ne suffit pas pour le consentement tacite, dit l'abbé de la Blandinière, il faut quelques marques d'approbation (conf. XI, sur les lois, quest. III). Bonacina, s'étant adressé cette question, dit la même chose en d'autres termes (de *horis canonicis*, disput. II, quæst. V, punctum 6) ... Le consentement tacite du souverain pontife ne saurait être un vrai consentement, qu'autant qu'il se produit au dehors d'une manière quelconque, soit directe, soit indirecte, mais toujours telle que ceux qui y sont intéressés puissent croire et juger que le pape approuve ou permet tel ou tel usage local contraire à une loi générale. Et c'est vraisemblablement dans ce sens que l'on doit entendre ce que plusieurs docteurs, entre autres saint Antonin et Ponce de Léon, disent de la nécessité du consentement exprès du pape pour la légitimité d'une coutume qui déroge au droit commun. Ce consentement doit être *exprès*, c'est-à-dire exprimé ou *manifesté* directement ou indirectement, par des paroles ou par des faits, *verbis aut rebus aut factis*; par opposition, et au consentement juridique, qui n'exige point que le législateur ait connaissance de la coutume, et au consentement tacite, qui se réduirait à un silence absolu, et qui serait comme s'il n'existait pas pour ceux qui auraient introduit cette coutume, vu qu'il leur laisserait ignorer si le pape l'approuve ou ne l'approuve pas... En résumé, quand il s'agit de s'assurer si une coutume est *raisonnable et légitimement prescrite*, si elle réunit toutes les conditions requises pour introduire une loi nouvelle ou en remplacer une ancienne, il est nécessaire, ne fût-ce qu'à raison de la diversité et de la contrariété des opinions des canonistes, de s'en rapporter aux jugements du législateur ou de ceux qui sont chargés d'office de faire observer les lois écrites et non écrites. Qu'elles que soient la généralité, la spontanéité, la fréquence, la continuité et l'ancienneté des actes qui forment une coutume, si le ministère public, si les tribunaux, si les organes du gouvernement ne la reconnaissent pas comme légitime, s'ils ne l'adoptent

et ne la suivent pas comme telle; en un mot, si ceux de qui cela dépend s'opposent, même indirectement, à ce qu'une coutume serve de règle, cette coutume demeure stérile et impuissante à produire aucun effet. Cette opposition indirecte a lieu lorsque, malgré la connaissance qu'ils ont de la coutume et des circonstances qui en ont favorisé l'introduction, les ministres, les magistrats n'y ont aucun égard, et qu'ils font appliquer la loi qui lui est opposée toutes les fois que l'occasion s'en présente. Ainsi, par exemple, pour ce qui regarde certaines coutumes contraires aux constitutions apostoliques touchant la liturgie et la discipline ecclésiastiques, on ne peut les suivre quand on sait positivement, ou par les actes du pape, ou par les actes des Congrégations romaines, que, loin d'approuver ces coutumes, le Saint-Siège les désapprouve et presse l'exécution des lois et des règles canoniques. Le consentement du législateur, comme l'a fait remarquer *le rédacteur des conférences du diocèse d'Angers* (conférence XI sur les lois, quest. III, n. 4), étant aussi essentiel qu'il l'est pour l'établissement d'une coutume en matière civile ou ecclésiastique, tout usage, contraire à une loi canonique ou civile que le législateur renouvelle de temps en temps et dont il recommande l'observation, ne peut jamais être un titre légitime de s'en écarter : c'est un abus qu'il faut retrancher et qu'on ne peut suivre en sûreté de conscience » (Gousset, ch. XXIII, n. 383 à 395).

Ainsi s'exprime le cardinal Gousset qui, de plus en plus, devient d'une exigence presque farouche. Non seulement le consentement légal n'est plus, selon lui, un consentement véritable; mais encore le consentement tacite, lui-même, n'est plus valable que s'il se manifeste par des signes non douteux d'approbation, actes ou paroles du souverain. Un tel consentement tacite ainsi manifesté se distingue à peine du consentement exprès que le cardinal se refuse cependant à considérer, au moins dans les termes, comme nécessaire.

C. — Après avoir posé des principes généraux aussi défavorables à l'introduction des coutumes, l'archevêque de Reims procède à leur application (1). Successivement il étudie : a) la validité des coutumes

(1) Avant de procéder à cet examen, le cardinal Gousset se demande quels sont les effets de la coutume? et comment une coutume peut être abrogée (ch. XXIV, n° 396-408)? Mais les réponses qu'il apporte à ces questions ne renferment rien qui n'ait déjà été dit, encore que l'archevêque de Reims ne se départisse pas de sa sévérité à l'égard des coutumes dans le droit canonique, comme le prouvent ces deux assertions : « Il y a certainement très peu de coutumes qui dérogent réellement aux lois écrites » (n° 402). — « On ne peut mettre au nombre des vraies coutumes ces usages qui ne sont qu'une suspension de la loi, comme sont, par exemple, les coutumes ou plutôt les servitudes qui résultent de l'impossibilité où l'on est, en France, d'observer certaines lois ecclésiastiques, à l'exécution desquelles s'opposent, tantôt la situation présente des églises en France, tantôt notre législation civile qui, en se sécularisant, a cessé de reconnaître les droits et les immunités de l'Eglise » (n° 403).

contraires aux décrets du concile de Trente touchant la discipline ecclésiastique; b) puis, celle des coutumes des églises de France antérieures au Concordat de 1801; c) ensuite, celle des coutumes qui ont pu s'établir à nouveau postérieurement au Concordat de 1801; d) enfin, il énumère les coutumes les plus répandues en France et porte sur elles le jugement qu'il croit équitable. Il convient de résumer l'enseignement du cardinal Gousset sur ces divers points.

a) *Et, tout d'abord, les coutumes des églises de France, contraires aux décrets du concile de Trente et aux constitutions apostoliques, sont-elles légitimes?* Non, répond le cardinal Gousset, pour qui le fait, que les Parlements et les rois de France se sont opposés à la publication et à l'enregistrement des décrets du concile de Trente, n'a pu diminuer, à fortiori, supprimer la force obligatoire de ces décrets. Eten effet, d'une part, les coutumes antérieures et contraires au concile de Trente ont cessé d'être légitimes le jour même où le Concile a promulgué les décrets qui leur étaient contraires, et, d'autre part, les coutumes qui se sont formées, contrairement aux décisions du concile de Trente, postérieurement à la bulle *Benedictus Deus* du 26 janvier 1564, bulle par laquelle Pie IV rendait obligatoires, à partir du 1^{er} mai 1564, les décrets de ce Concile, sont toutes illégitimes, à moins d'avoir reçu une approbation positive et certaine de la part du Saint-Siège. C'est le sentiment de Benoît XIV, du cardinal Devoti, archevêque de Carthage, du cardinal de Luca, de Pitoni aussi qui rejette même les coutumes centenaires, de Pignatelli et de Fagnan encore. Enfin, le fait que Pie IV a créé une congrégation spéciale, la Congrégation des cardinaux du Concile, pour résoudre les doutes et les controverses qui pourraient s'élever, dans les diverses provinces, sur la réception ou le sens des décrets de cette grande assemblée, indique suffisamment la volonté absolue du souverain pontife de faire observer, exactement et inviolablement, les décrets et constitutions du concile de Trente. Cette volonté a été à nouveau manifestée par Sixte V (1585-1590), lorsqu'il a étendu les attributions de la Congrégation des cardinaux en lui accordant la faculté d'interpréter le dit Concile et en l'investissant de l'autorité nécessaire pour travailler à la réformation des mœurs du clergé et du peuple dans l'univers entier, conformément aux prescriptions du concile de Trente. Cette Congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente ne constitue-t-elle pas, de la part des pontifes romains, une protestation permanente contre tout ce qui, à leur insu et sans leur consentement, tendrait à déroger aux décrets de ce Concile, observe judicieusement le cardinal Gousset (ch. XXVI, n. 408-424).

b) *Mais que faut-il penser, plus spécialement, des anciennes coutumes des églises de France qui étaient légitimes antérieurement au Concordat de 1801?* — Le sens de la question posée par l'archevêque de Reims

demande à être précisé : par la bulle *Qui Christi*, annexée au concordat de 1801, Pie VII a annulé, supprimé et éteint à perpétuité l'état des anciennes églises archiépiscopales et épiscopales, avec leurs chapitres, droits, privilèges et prérogatives de quelque genre que ce soit, non obstat les statuts, coutumes même immémoriales, privilèges, indults de ces mêmes églises. Or il existait antérieurement à cette bulle des coutumes qui pouvaient être légitimes dans les diverses églises de France. Ces coutumes légitimes ont-elles été supprimées? Oui, répond le cardinal Gousset; à s'en tenir au texte de cette bulle, dont on ne doit pas s'écarter, on est bien obligé de reconnaître qu'elle supprime, non seulement les privilèges et prérogatives de chaque église particulière, mais encore les coutumes proprement dites particulières aux diocèses et aux provinces, sans excepter celles qui étaient communes à toutes, ou à presque toutes, les églises de l'empire français. C'est ainsi d'ailleurs que le Saint-Siège entend la bulle *Qui Christi*; les diverses réponses des Congrégations romaines le prouvent clairement, tout comme le décret de l'Index qui a condamné, en 1853, le *Mémoire sur la situation présente de l'Eglise gallicane relativement au droit coutumier*, mémoire dont le but principal, cependant, était de défendre comme légitimes les anciens usages communs à l'Eglise de France, et dont les auteurs avaient prudemment conservé l'anonymat (Gousset ch. XXVI, n. 425 et 426).

c) Mais, du moins, ces mêmes coutumes abrogées par la bulle *Qui Christi* de Pie VII ont-elles pu se rétablir depuis cette date, en se continuant dans les églises de France, se demande le cardinal Gousset? Le *Mémoire sur la situation présente de l'Eglise gallicane relativement au droit coutumier* le prétend; on lit en effet dans ce *Mémoire* : « En sortant de ses ruines l'Eglise de France a renoué ses traditions, c'est-à-dire qu'elle s'est rétablie pacifiquement dans une possession incontestée de ne pas regarder comme obligatoires les constitutions des papes sur la discipline non précédemment promulguées, et, à plus forte raison, les décisions des Congrégations romaines...; car il est une opposition légitime que les évêques peuvent faire, dans certains cas, pour conserver la possession des usages propres à leurs églises, s'ils sont conformes aux conditions prescrites par les saints canons, du moins jusqu'à ce que les raisons de nécessité soient reconnues ». — « Non, proteste le cardinal Gousset, il n'est pas de coutume, pas de loi possible, contre la volonté du législateur qui a le droit de commander à tous; il n'est pas plus permis aux évêques d'une province, d'un royaume ou d'un empire, de résister au souverain pontife, le pasteur de tous, qu'il ne l'est aux prêtres, aux curés ou recteurs des paroisses de résister à l'autorité de l'évêque ordonnant ou statuant suivant l'esprit des saints canons et des constitutions apostoliques auxquelles il ne peut déroger lui-même. On invoque en faveur d'une coutume sa conformité avec les conditions prescrites par

les canons; mais quels sont donc les canons qui autorisent les évêques à introduire ou à conserver une coutume contre le consentement du législateur, de la volonté duquel dépendent et la sanction et la stabilité des lois générales ». En effet, les actes du souverain pontife, la jurisprudence des Congrégations romaines et des tribunaux de la capitale du monde chrétien, démontrent jusqu'à l'évidence que le Saint-Siège repousse toute coutume qui ne s'accorde pas avec les saints canons et avec les constitutions apostoliques. Les coutumes qui ont été abrogées par la bulle *Qui Christli* de Pie VII en 1801 n'ont donc pas pu se rétablir valablement parmi nous (Gousset, ch. XXVI, n. 427-430).

d) Et le cardinal Gousset consacre les trois derniers chapitres de son *Exposition des principes du droit canonique* à indiquer quelques-unes des coutumes générales qui existent en France et sont illégitimes, parce que en opposition avec les décrets des conciles et du Saint-Siège. Voici quelques-unes de ces coutumes :

Premièrement, dit-il, la coutume, en vertu de laquelle on se dispense d'observer les lois disciplinaires du concile de Trente et des autres conciles œcuméniques qui n'ont pas été reçues ou publiées par les évêques de France, est une coutume évidemment illégitime comme subversive de la subordination et de la discipline ecclésiastiques (n. 434).

Secondement, il en est de même de la coutume par laquelle on voudrait s'affranchir de l'obligation de se conformer aux ordonnances et constitutions apostoliques qui n'auraient point été reçues et publiées dans tel ou tel diocèse; le pape ne peut pas plus approuver cette coutume qu'il ne peut renoncer aux prérogatives qu'il tient de Jésus-Christ (n. 435).

Troisièmement, n'est point légitime, et ne peut pas même être approuvée par le pape, la coutume qui ne reconnaît pas comme obligatoires les décrets, décisions et déclarations des tribunaux ecclésiastiques de la Ville Sainte. On ne peut se prévaloir d'aucune coutume, même immémoriale, contre l'exécution des décrets et décisions du saint Office, de la Congrégation de l'Index et des autres Congrégations romaines (n. 436).

Quatrièmement, il n'est aucune coutume, quelque ancienne qu'elle soit, qui puisse, d'elle-même, rendre canonique et légitime une liturgie particulière qui ne réalise pas les conditions prescrites par les constitutions *Quod a nobis* et *Quod primum* de saint Pie V (n. 437). — La constitution *Quod a nobis*, qui est de 1568, prescrivait que le bréviaire réformé serait reçu et adopté par toutes les églises qui suivaient ou étaient obligées de suivre le rit de l'Église romaine. Pie V ne consentait qu'une seule exception en faveur des églises, monastères et communautés reliieuses, qui étaient en possession de bréviaires dont elles se servaient depuis deux cents ans avant la publication de la bulle *Quod a nobis*, sans y avoir fait, durant tout cet espace de temps, aucun changement

portant atteinte à la substance de ces bréviaires (n. 438). Dès lors, tous les bréviaires diocésains étaient obligés de disparaître devant le bréviaire romain (n. 439). — De même, la constitution *Quo primum*, qui est de 1570, obligeait toutes les églises à adopter le missel romain; il n'y avait d'exception que pour les églises qui faisaient usage d'un missel ayant plus de deux cents ans de date au moment de la publication de la bulle (n. 440). — Dès lors, comme il ne se trouve plus, en France, une seule église qui se soit servie, sans interruption ou sans altération substantielle, du même bréviaire et du même missel, depuis trois cent quarante-neuf ans pour le bréviaire, depuis trois cent cinquante et un ans pour le missel (le cardinal Gousset écrivait en 1857), il en résulte, que les prélats et les prêtres français sont tenus de remplacer, si déjà ils ne l'ont fait, le bréviaire et le missel propres à leur diocèse respectif par le bréviaire et le missel romains; car on ne peut invoquer en faveur d'une liturgie particulière propre à une ou à plusieurs églises de France, de la liturgie parisienne par exemple, aucune coutume légitime rétablie postérieurement à la publication des bulles de saint Pie V, et dérogeant à ces mêmes bulles : une coutume de ce genre, même immémoriale, ou centenaire, serait nulle et sans valeur, quoi qu'en aient pensé successivement Jean François de Persin de Mongaillard, évêque de Saint-Pons (dans son livre sur *Le droit et le pouvoir des évêques de régler les offices divins* dans leurs diocèses respectifs, livre condamné par la Congrégation de l'Index le 27 avril 1701), Grancelas, non moins audacieux, Jean Pontas (dans son Dictionnaire des cas de conscience au mot : *fête*), Louis de Héricourt dans *Les lois ecclésiastiques*, et Durand de Maillane dans son *Dictionnaire du droit canonique* (Gousset, n. 441 et 442).

Cinquièmement, sont enfin sans valeur juridique les coutumes, en vertu desquelles évêques et prêtres prétendent pouvoir absoudre, sans un pouvoir spécial du Saint-Siège, des censures et cas réservés au Saint Père par les canons ou les constitutions apostoliques. Ces coutumes sont désapprouvées et rejetées, comme émanant d'un principe qui tend à énerver la sainte discipline de l'Église et d'un système manifestement contraire à l'exercice du pouvoir législatif du vicaire de Jésus-Christ. D'ailleurs, il n'est pas possible de s'écarter du droit commun, en ce qui concerne le nombre des cas réservés au pape, sans tomber dans l'arbitraire. C'est ainsi que, au dire même de Durand de Maillane, il est impossible, relativement à la France, de fixer le nombre des cas réservés au pape; il n'y a, à cet égard, de règle générale que pour cinq ou six cas sur lesquels les auteurs paraissent tous d'accord. Pour les autres cas c'est l'arbitraire (1) : chaque diocèse a sa pratique à lui (Gousset, n. 450-548).

(1) Les cinq cas, dont l'absolution était réservée dans toute la France au souverain pontife, étaient les suivants : *primus, gravis aut mediocris percussio clerici vel monachi*;

« Or n'y a-t-il pas de graves inconvénients, conclut le cardinal Gousset (n. 542), et de grands dangers à remplacer le droit écrit, qui se compose de lois générales et stables de leur nature, par un droit coutumier dérogoire qui est constamment en lutte contre la loi, qui n'a d'autre fondement que certaines coutumes locales, toujours discordantes et essentiellement variables, pas d'autre sanction que l'assentiment des inférieurs, de la partie intéressée, de ceux qu'on ne manquera pas d'accuser de vouloir s'affranchir d'une loi ».

Cette conclusion du cardinal Gousset reflète bien la pensée maîtresse de son étude sur la coutume : le canoniste français voit constamment d'un mauvais œil toute pratique qui tend à s'opposer à la loi. Si on en excepte sa notion sur la prescription de la coutume dont il abandonne la supputation au jugement des hommes prudents et compétents, l'archevêque de Reims se montre le plus intransigeant, ou tout au moins le plus sévère, de tous les canonistes encore rencontrés, puisque, pour lui, le consentement légal n'est plus un véritable consentement, et le consentement tacite lui-même n'est plus suffisant que s'il est accompagné de signes directs ou indirects, manifestant l'approbation du souverain. Aussi bien, un tel rigorisme dans les principes s'est-il traduit par un véritable ostracisme dans l'application : rares sont les coutumes qui trouvent grâce devant le cardinal Gousset (1).

En résumé, le XIX^e siècle se montre plus exigeant que les siècles précé-

secundus, simonia realis, et confidentia similiter non occulta; tertius, crimen incendii post factam denuntiationem ecclesiasticam; quartus, rapina rerum Ecclesiæ cum effractione, post denuntiationem; quintus, falsificatio litterarum apostolicarum. — Le cardinal Gousset fait suivre cette énumération d'une longue nomenclature, qui montre la diversité des coutumes dans les divers diocèses de France classés par ordre alphabétique : le diocèse d'Agen admettait huit cas réservés au souverain pontife; celui d'Avranches, dix; celui de Bayonne, sept; celui de Belley, douze; celui de Besançon, quinze; celui de Bordeaux, trente-cinq; celui de Nancy, dix-huit; celui de Mâcon, quatorze; celui de Paris, huit ou neuf; celui de Soissons admettait en 1850, grâce à l'intervention de Mgr de Garsignies, quinze cas réservés au souverain pontife. — Une telle diversité ne pouvait pas ne pas nuire au bien des âmes. La bulle *Apostolicæ sedis*, en 1863, y avait remédié bien avant la publication du nouveau Code.

(1) Il semble bien que le souverain pontife lui-même se soit ému de cette sévérité du cardinal Gousset; car, dans un bref adressé à l'archevêque de Reims, bref qui a trait à l'abolition des coutumes contraires aux lois liturgiques, Grégoire XVI juge bon de rappeler au canoniste français qu'il faut savoir user de prudence et de tolérance; il lui écrit en effet : « Vous comprenez parfaitement combien il est difficile et ardu de déraciner cette coutume là où, dans un pays, elle est établie depuis un temps très long; pour ce motif et craignant des dissentiments plus graves qui pourraient en provenir, nous avons cru devoir nous abstenir, non seulement de rendre urgente cette obligation, mais même de répondre spécialement aux questions que vous nous avez soumises... » Le bref est daté de 1842; il est cité par le chanoine Wagner, dans le premier supplément de son *Dictionnaire de Droit canonique* au mot : coutume, fin de l'art. III; il indique nettement que le cardinal Gousset voulait réagir trop hâtivement contre certaines coutumes locales.

dents envers la coutume dans le droit canonique : d'une part, les Allemands Puchta et Phillips en reviennent à la pure conception du législateur du XIII^e siècle et interprètent littéralement les expressions dont s'est servi Grégoire IX : la coutume raisonnable est celle qui est conforme à l'esprit de l'Eglise ; la coutume n'est légitimement prescrite que par le laps de quarante ans. D'autre part, les Français Bouix et Gousset, malgré des divergences très marquées sur certains points très importants, arrivent à restreindre, d'une façon surprenante, le domaine d'application de la coutume : pour l'un comme pour l'autre, les coutumes contraires aux décrets du concile de Trente sont à rejeter. Et cependant, Bouix comme Gousset se refusent à appliquer à la coutume les lois de la prescription en matière ecclésiastique. La prescription n'a à intervenir, au dire de Bouix, que dans le seul cas où la coutume est, tout à la fois, contraire au droit et ignorée du souverain, c'est-à-dire très rarement ; la prescription n'a pas, selon Gousset, de durée fixe qui puisse lui être assignée, d'une façon uniforme, quand il s'agit de la coutume ; c'est aux juges, ou du moins aux hommes sages et prudents, qu'il appartient de dire dans chaque cas particulier si, par suite des circonstances au milieu desquelles la coutume a pris naissance et a évolué, on peut conclure avec certitude que le souverain a donné son consentement à la coutume, son consentement au moins légal pour Bouix, son consentement au moins tacite pour Gousset. Pour Bouix, comme pour Gousset, c'est le consentement du souverain qui est l'élément qui constitue la coutume dans son être juridique ; la prescription n'est plus qu'un élément secondaire destiné, somme toute, à s'assurer que le souverain a vraiment donné son consentement. Allemands et Français s'accordent donc pour exiger que la coutume soit de mieux en mieux munie de l'approbation du législateur ; mais, tandis que les Allemands exigent une véritable prescription, et la prescription quarantenaire, pour toute coutume dans le droit canonique, les Français élargissent la formule de Grégoire IX en ce qui regarde l'application de la durée de la prescription à la coutume, mais sans toutefois étendre le champ d'action de la coutume.

Conclusion de la quatrième partie.

La fin du ^{xix}e siècle et les premières années du ^{xx}e siècle ne sont illustrées par aucun canoniste de marque. Sans doute les manuels classiques (1), d'une part, les articles de dictionnaires (2) et de revues, d'autre part, se multiplient avec rapidité; mais les uns comme les autres se contentent de présenter une courte monographie sur le sujet pourtant inépuisable de la coutume. Ces monographies ont plus le souci — et cela est fort légitime — de dire ce qu'il faut penser, à l'heure actuelle, de la coutume que de retracer, même rapidement, l'histoire de la question. Mais le but du présent travail étant tout autre, — il est non seulement théorique, mais aussi et avant tout historique, — il convient, sous forme de conclusion donnée à la quatrième partie qui a pour titre : la théorie de la coutume de la seconde moitié du ^{xiii}e siècle au début du ^{xx}e siècle, de rappeler, d'une façon très brève, par quelles étapes successives on est parvenu à édifier une théorie vraiment cohérente de la coutume dans le droit canonique.

C'est Bernard de Parme et Hostiensis qui ont les premiers, au ^{xiii}e siècle, jeté les fondements de la théorie de la coutume, en cherchant à justifier par des arguments appropriés les exigences des Décrétales de Grégoire IX. On peut donc, à juste titre, les considérer comme les créateurs de cette théorie au point de vue ecclésiastique. Mais Bernard de Parme et Hostiensis ont surtout utilisé, pour justifier les exigences canoniques, les œuvres des civilistes, en particulier celles d'Accurse et d'Azon.

Jean André a perfectionné, au ^{xiv}e siècle, l'œuvre si vaillamment entreprise par Bernard de Parme et Hostiensis; synthétisant leurs travaux, il a érigé en système proprement dit la théorie de la coutume dont il doit être présenté comme le premier défenseur. Mais, plus encore que

(1) Parmi ces manuels classiques on peut citer les suivants : Icard, *Prælectiones juris canonici*, 4^e édit., 1875, 3 vol. in-12; de Angelis, *Prælectiones juris canonici*, Romæ, 1878-1886, inachevé; Santi, Paris, 5 vol.; Duballet, *Cours complet de droit canonique*, Paris, 1898; Bargilliat, Pillet, Bouix, Wernz, Many, etc...

(2) Parmi les articles de dictionnaires, deux en particulier méritent d'être signalés : celui de Wagner dans son *Dictionnaire de droit canonique* (*Dictionnaire de droit canonique et des sciences en connexion avec le Droit canon* ou le *Dictionnaire* de Mgr André et de l'abbé Condiss, revu, corrigé, augmenté et actualisé par le chanoine J. Wagner, Paris, Hippolyte Walzer, 1894, art. *coutume*, t. I et t. IV, premier supplément); — et surtout, celui de Dolhagaray, chanoine pénitencier à la cathédrale de Bayonne, dans le *Dictionnaire de théologie catholique*, Vacant-Mangenot-Amann, Paris, Letouzey et Ané, 1908, art. *coutume*. — Dans le même dictionnaire, on lira aussi, avec profit et intérêt, l'article de T. Ortolan, supérieur du grand séminaire, puis vicaire général d'Ajaccio, sur les « clauses apostoliques ».

ses devanciers, il est demeuré tributaire du droit romain, au point que son traité est plus un traité de la coutume en général, que de la coutume dans le droit canonique en particulier.

C'est à Panormitanus que revient l'honneur d'avoir compris, au xv^e siècle, qu'il convenait de christianiser la théorie de la coutume tout en la rendant autonome. Il est, en effet, le premier à avoir écrit qu'une coutume ne pouvait s'introduire valablement sans une « permission du pape » et à avoir rappelé, d'une façon aussi catégorique, que la coutume contraire à la loi ecclésiastique ne pouvait être dite légitimement prescrite qu'après une durée de quarante ans, seule la coutume en dehors du droit étant susceptible de prescrire par une durée de dix années.

Ce que Panormitanus avait ébauché péniblement au xv^e siècle, Suarez le complète magistralement au xvii^e siècle. Dans le livre VII de son traité *De legibus*, il présente une théorie de la coutume dans le droit canonique vraiment satisfaisante et indépendante du droit civil. Le consentement du souverain devient définitivement l'élément essentiel qui donne à la coutume, quelle qu'elle soit, sa force juridique; la coutume est désormais assimilée aux principes qui régissent l'Eglise catholique : l'autorité vient d'en Haut; la pratique de l'Eglise dirigée ne peut obtenir force de loi que par l'intervention de l'Eglise dirigeante la recouvrant de son autorité. La justification de la coutume dans le droit canonique est, dès lors, si bien établie que les écrivains des xviii^e et xix^e siècles se contenteront de commenter, de discuter ou, tout au plus, de compléter les affirmations de Suarez, mais ne parviendront pas à enrichir la théorie de la coutume d'aucun élément vraiment nouveau.

Sans doute, Reiffenstuel et Schmalzgrueber tentent-ils au xviii^e siècle d'élargir les propres conclusions de Suarez, en prétendant démontrer que toute coutume raisonnable peut triompher de la loi, même ecclésiastique, par une durée uniforme de dix ans. Sans doute aussi, Puchta et Phillips, au xix^e siècle, s'érigent-ils contre l'existence d'un droit coutumier dans l'Eglise, tout en se montrant plus sévères que Suarez sur la question de la prescription pour laquelle ils exigent quarante ans en matière canonique. Sans doute encore, toujours au cours du xix^e siècle, Bouix et le cardinal Gousset élèvent-ils, d'une part, de grosses critiques contre certaines conclusions de Suarez, le premier, en affirmant qu'aucune coutume connue du souverain n'a plus à être prescrite; le second, en soutenant que le consentement légal n'est pas un véritable consentement; et, d'autre part, complètent-ils tous deux l'enseignement du théologien espagnol en condamnant les coutumes qui ont pu s'introduire contrairement aux décrets du concile de Trente.

Mais, en dépit de tant de discussions et de ces quelques éléments complémentaires, l'œuvre de Suarez demeure l'œuvre maîtresse qui fait autorité en la matière; elle constitue le point d'aboutissement des théo-

ries antérieures, le point de départ des théories postérieures. A ce titre, elle mérite une mention toute spéciale dans un travail qui se propose de retracer l'histoire de la coutume dans le droit canonique.

Il reste maintenant à étudier les solutions apportées par le nouveau Code de droit canonique sur la question de la coutume au point de vue ecclésiastique.

CINQUIÈME PARTIE

LA COUTUME DANS LE NOUVEAU CODE DE DROIT CANONIQUE

LA DOCTRINE SE PRÉCISE ET S'ENRICHIT
TOUT EN DEMEURANT FIDÈLE A LA TRADITION.

C'est par le motu proprio *Arduum sane* du 17 mars 1904, que le pape Pie X (1903-1914) fit connaître au monde catholique sa volonté de réunir et de concilier dans un nouveau Code toutes les lois de l'Eglise universelle actuellement en vigueur. Il nomma à cet effet une commission dite *Commission pontificale* qui fut chargée de rédiger les canons du nouveau Code, non sans s'être entourée de toutes les compétences et lumières possibles. Consultants et collaborateurs furent mis à profit; les évêques du monde entier, les supérieurs des ordres religieux, toutes les autorités qui eussent été convoquées si un concile s'était réuni à Rome, furent priées de faire connaître leurs désirs d'abord, leurs observations ensuite; la rédaction de chacun des 2.414 canons qui composent le nouveau Code fut enfin soumise à l'approbation du souverain pontife.

Grâce à un labeur acharné dont la plus grosse part fut assumée par le cardinal Gasparri (1) et malgré les difficultés considérables créées par la grande guerre de 1914, la rédaction du nouveau Code fut achevée dès le début de l'année 1917. Benoît XV (1914-1922), qui avait succédé à

(1) Le cardinal Pierre Gasparri, né en 1852, professeur au Collège de la Propagande et au Séminaire romain, puis à l'Institut catholique de Paris de 1880 à 1898, sacré évêque à Paris le 6 mars 1898, nommé délégué apostolique pour le Pérou, l'Equateur et la Bolivie, créé cardinal le 16 décembre 1907, premier ministre de Benoît XV, secrétaire d'Etat de Pie XI, a été chargé par Pie X de collaborer à la codification du Droit canon, codification dont on peut dire qu'il est le principal auteur. — Parmi les ouvrages du cardinal Gasparri, mentionnons le *De Matrimonio*, 2 vol. in-8°, Paris, 1891; le *De sacra Ordinatione*, 2 vol. in-8°, Paris, 1894; le *De Sanctissima Eucharistia*, 2 vol. in-8°, Paris, 1897; puis, plusieurs éditions annotées du *Codex juris canonici*, et enfin, une collection qui a pour titre *Codicis juris canonici fontes*, collection en cours de publication qui comprend déjà quatre gros volumes in-4°, Rome, librairie vaticane.

Pie X en 1914, promulgua le nouveau Code par la constitution *Providentissima mater* du jour de la Pentecôte, 27 mai 1917, et déclara que le nouveau Code entrerait en vigueur, dans l'univers entier, le jour de la Pentecôte de l'année suivante, le 19 mai 1918.

Nul doute que les décisions, prises par le législateur du début du ^{xx}e siècle sur la question de la coutume, n'aient une importance capitale pour le présent et pour l'avenir. Mais, avant d'étudier de plus près les quelques canons que le nouveau Code a consacrés à la coutume, il semble nécessaire, afin de mieux saisir la portée des solutions adoptées, de rappeler en quelques mots, d'abord, quelle était la doctrine officielle de l'Eglise relativement à la coutume au début du ^{xx}e siècle; puis, quel était l'enseignement commun des docteurs sur le même sujet à cette même époque. C'est, en effet, sur ce double fondement, à savoir la doctrine officielle de l'Eglise et l'enseignement commun des docteurs, que consultants et commissaires ont dû s'appuyer pour proposer au législateur le nouveau texte, fruit de leur étude. Faute de cette double mise au point préliminaire, les solutions imposées par le souverain pontife risqueraient de perdre une grande part, non seulement de leur intérêt, mais aussi de leur valeur. D'où la division de cette cinquième partie en trois chapitres :

CHAPITRE I. — Quelle était la doctrine officielle de l'Eglise sur la question de la coutume au début du ^{XX}e siècle?

CHAPITRE II. — Quel était l'enseignement commun des docteurs sur cette même question à la même époque?

CHAPITRE III. — Quelle est la doctrine qu'impose le nouveau Code sur la coutume?

CHAPITRE PREMIER

QUELLE ÉTAIT LA DOCTRINE OFFICIELLE DE L'ÉGLISE SUR LA QUESTION DE LA COUTUME AU DÉBUT DU XX^e SIÈCLE ?

La doctrine officielle de l'Eglise est renfermée dans les décrétales ou autres lettres des papes, les constitutions et canons des conciles, les réponses des Congrégations romaines et les sentences des tribunaux romains. Or, sur la question de la coutume, — la constatation vaut la peine d'être faite, — aucun document officiel vraiment important n'était apparu depuis la fameuse décrétale *Quum tanlo* de Grégoire IX. Sans doute, cette décrétale avait été reproduite, voire même commentée, par d'autres lettres émanant des successeurs immédiats ou médiats de Grégoire IX; sans doute aussi, les conciles, le concile de Trente en particulier, avaient pris soin de prohiber à l'avance les coutumes qui pourraient s'introduire contrairement à leurs décrets; sans doute encore, la Cour romaine avait sa pratique bien à elle, pratique par laquelle elle rejetait, d'une manière constante, les coutumes qui ne lui paraissaient pas réaliser les conditions de validité requises. Mais, somme toute, la doctrine officielle de l'Eglise relativement à la coutume demeurerait, au début du xx^e siècle, celle-là même qu'avait édictée Grégoire IX vers 1230 : « La coutume ne peut en aucun cas abroger le droit naturel ou divin, et elle ne peut porter préjudice au droit positif que si elle est raisonnable et légitimement prescrite ». La rationalité suppose que la coutume est conforme aux principes qui ont présidé à la formation de l'Eglise et est, par conséquent, munie de l'approbation du souverain; la prescription légitime demeure la prescription de quarante ans : car c'est la seule à laquelle les canons reconnaissent quelque valeur; et encore faut-il que, si la prescription a pour objet quelque droit appartenant à l'Eglise de Rome, elle soit centenaire. — Telle paraissait être la doctrine officielle de l'Eglise au début du xx^e siècle; elle était substantiellement la même que celle en honneur au xiii^e siècle.

CHAPITRE II

QUEL ÉTAIT L'ENSEIGNEMENT COMMUN DES DOCTEURS SUR LA QUESTION DE LA COUTUME AU DÉBUT DU XX^e SIÈCLE?

Il n'en était nullement de même de l'enseignement des docteurs qui, lui, avait singulièrement évolué depuis les premières années du XIII^e siècle. Si la doctrine de l'Eglise était demeurée identique, l'interprétation donnée à cette doctrine par les juristes, canonistes et théologiens s'était considérablement modifiée et élargie : en s'emparant de la doctrine, pour la fonder en raison et la rendre juridiquement valable pour tous, la théorie ne s'était pas contentée de la recouvrir, elle l'avait débordée, c'est-à-dire dépassée, sur bien des points, comme il est facile de s'en convaincre en alignant, à la suite les unes des autres, les principales solutions communément adoptées par les docteurs sur les six grandes questions relatives à la coutume.

A. — En ce qui concerne **la notion de la coutume**, tous les auteurs sont d'accord pour affirmer que la coutume est un droit véritable, introduit par les actes répétés de la multitude. Les auteurs ecclésiastiques, à l'exception de Suarez et de Bouix, évitent cependant d'employer l'expression *droit coutumier*; ils préfèrent parler simplement de la coutume. Néanmoins Puchta et ses disciples sont les seuls écrivains qui refusent catégoriquement d'admettre que l'Eglise catholique ait un droit coutumier proprement dit.

B. — En ce qui concerne **la division de la coutume**, l'accord est également général pour reconnaître l'existence de trois espèces de coutumes : la coutume conforme à la loi, la coutume en dehors de la loi, la coutume contraire à la loi; cette dernière doit réaliser quelques conditions plus spéciales pour acquérir force juridique, mais sa validité ne saurait plus être mise en doute d'une manière théorique.

C. — En ce qui concerne **les conditions de validité** de ces trois espèces de coutumes, les auteurs distinguent communément : 1^o les conditions que doit réaliser l'usage lui-même; 2^o les conditions que doit réaliser la communauté qui introduit l'usage; 3^o le consentement que doit donner le souverain; 4^o la durée que doit avoir l'usage.

1^o Tout d'abord, **l'usage doit avoir certaines qualités** dont la

principale est sans contestation possible la **rationabilité**. Un usage est raisonnable si, en étant même simplement utile à la communauté, il ne s'oppose ni directement ni indirectement à la loi naturelle et à la loi divine. La conception de la rationabilité adonc subi une large évolution, et Puchta comme Phillips ont été heureusement inspirés, en disant qu'une coutume est raisonnable, dès lors qu'elle est conforme à la fin de l'Eglise, autrement dit à la *raison d'être* de l'Eglise.

2^o Puis, pour pouvoir devenir une véritable coutume, **l'usage doit procéder d'une communauté**, non pas, il est vrai, nécessairement capable d'édicter elle-même des lois, ce qui serait être trop exigeant, mais, du moins, **susceptible d'être l'objet d'une loi**. L'usage mis en honneur par une famille ne peut pas, par exemple, devenir une coutume, parce qu'une famille ne peut, ni édicter une loi, ni être l'objet d'une loi; on donne des préceptes à une famille, on ne lui donne pas de lois. Par contre, toute communauté proprement dite (les corps d'Etat, le clergé, la magistrature, un ordre religieux) pouvant être l'objet d'une loi, peut introduire une coutume par des actes répétés, pourvu que ces actes soient posés librement (c'est-à-dire sans violence ni crainte grave), sciemment et intentionnellement. C'est même cette participation de la communauté à l'introduction de la coutume qui différencie le droit non écrit du droit écrit. L'usage doit d'ailleurs être mis en pratique par la majeure partie de la communauté. Cette participation essentielle de la communauté suffit-elle pour que l'on puisse encore affirmer, avec Bottoni, Hostiensis et Panormitanus, que le peuple est la cause efficiente de la coutume, ou, tout au moins, avec Suarez, la cause efficiente prochaine? Les auteurs préfèrent ne pas se prononcer sur la question et ne pas donner une qualification aussi précise à la part qui revient à la communauté dans l'élaboration de la coutume; mais tous, encore que quelques-uns ne le fassent qu'à regret, déclarent que c'est le peuple qui introduit la coutume par ses manières de faire constantes et répétées.

3^o Mais, si le peuple introduit la coutume, il ne lui donne pas sa force juridique : **cette force juridique lui vient**, — l'accord sur ce point est parfait, — **du souverain**, sinon uniquement, — ce que les juristes évitent de dire, pour ne pas heurter de front les philosophes encore trop tributaires de l'ancienne notion qui faisait du peuple la cause unique du droit coutumier, — du moins principalement et essentiellement. Le consentement du souverain est vraiment l'élément formel qui constitue la coutume dans son être juridique. Mais le consentement requis n'est pas le consentement exprès; il n'est même pas le consentement tacite; le consentement légal ou juridique suffit, sauf pour le cardinal Gousset, qui se sépare sur ce point de l'enseignement commun des docteurs, en prétendant exiger un consentement tacite manifesté par des paroles ou des actes non équivoques.

4^o Enfin, l'usage pour acquérir force de loi doit avoir une certaine durée. Doit-il être prescrit? Les auteurs ne l'affirment pas tous avec le même ensemble. Certains osent dire qu'une coutume connue du souverain n'a plus à être prescrite, du moment que le souverain ne proteste pas contre son existence alors qu'il en a la facilité. Sur un seul point, les auteurs demeurent pleinement d'accord : l'usage non connu du souverain, et qui ne peut bénéficier que du consentement juridique ou légal, doit être prescrit. Il doit être prescrit par dix ans, s'il est conforme à la loi ou en dehors de la loi; mais, s'il s'agit d'un usage contraire à la loi, les auteurs ne sont plus unanimes pour fixer la durée qu'il doit avoir : un bon nombre de canonistes affirment encore que dix ans suffisent; mais, d'une part, Panormitanus, Suarez, Puchta, Phillips exigent quarante ans pour toute coutume qui s'oppose au droit et, d'autre part, le cardinal Gousset déclare qu'il faut s'en rapporter, non plus à une durée de temps mathématiquement déterminée, mais au jugement des sages pour savoir si, oui ou non, l'usage a une durée suffisante pour qu'on puisse avoir la certitude morale que le souverain, non seulement le connaît, mais encore l'approuve. — Autant dire que, sur le point particulier de la prescription, la théorie a singulièrement transformé la donnée si précise de la doctrine. Le mouvement d'élargissement date de Suarez; jusqu'à lui, en effet, les quelques auteurs qui avaient affirmé que dix ans suffisaient pour qu'une coutume, même contraire à la loi, puisse être dite prescrite, n'avaient cédé qu'à l'influence considérable exercée par le droit romain sur la science canonique en formation; mais Suarez, en établissant une distinction nettement marquée entre la rationabilité, qui est de l'essence de la coutume, et la prescription, qui n'en est pas, et n'est conséquemment exigible qu'en vue de s'assurer que le souverain a donné son consentement à la coutume, a posé le principe qui, progressivement, a permis à la coutume d'acquérir force juridique sans prescription proprement dite, c'est-à-dire sans avoir duré un certain laps de temps rigoureusement déterminé à l'avance. — Théoriquement, Suarez a raison; et ses successeurs n'ont pas eu tort en élargissant l'application de son principe émancipateur; mais, canoniquement parlant, Suarez et ses disciples ne sont pas demeurés fidèles à la décrétale *Quum Ianlo*, qui exigeait que toute coutume qui tendait à porter préjudice au droit positif soit, non seulement raisonnable, mais encore légitimement prescrite. Les théoriciens ont bien exercé leur sagacité et ont fait preuve d'esprit de finesse : ont-ils au même degré conservé l'esprit de l'Eglise? Le nouveau Code le dira sans ambage en se prononçant sur les conditions de validité de la coutume.

D. — En ce qui concerne les effets de la coutume, la question n'est plus contestée; la coutume a trois principaux effets ou pouvoirs : elle interprète le droit; elle crée le droit; elle abroge le droit; mais Suarez

refuse à la coutume qui interprète la loi le caractère d'une véritable coutume de droit.

E. — En ce qui concerne **la preuve de la coutume**, c'est le silence qui s'établit entre les docteurs sur ce point, jadis si longuement et si minutieusement discuté. C'est à la partie qui allègue la coutume de prouver son existence, soit par témoins, soit à l'aide des sentences judiciaires précédemment rendues : voilà les seules affirmations catégoriques que les auteurs du début du ^{xx}^e siècle répètent l'un après l'autre, sans insister davantage sur la manière de recueillir les témoignages. La question a, en effet, perdu de son intérêt, parce que, d'une part, il est rare qu'on ait encore à prouver l'existence de la coutume, et, parce que, d'autre part, la preuve testimoniale a ses règles propres qui valent pour la coutume au même titre que pour les autres matières du droit canonique.

F. — Par contre, en ce qui concerne **l'abrogation de la coutume**, la question, qui était à peine posée au ^{xiii}^e siècle, est plus longuement étudiée que jamais au ^{xx}^e siècle. La coutume peut être abrogée, en premier lieu, par une autre coutume postérieure; en second lieu, par une loi postérieure; en troisième lieu, par une loi antérieure.

En premier lieu, la coutume peut être abrogée **par une coutume postérieure** : si la seconde coutume est en dehors du droit comme la première, mais contraire évidemment à celle-ci, dix ans suffisent pour qu'elle ait force juridique, si la prescription lui est nécessaire, c'est-à-dire dans le cas où elle n'est pas connue du souverain. Si la seconde coutume est contraire au droit établi par la première qui, elle-même, était contraire au droit, cette seconde coutume remet en vigueur le droit commun; dès lors, elle acquerrait force juridique, pense-t-on, sans avoir besoin d'aucune durée déterminée, et dès le moment où le peuple a fait retour par sa pratique au droit commun; car le souverain n'est présumé autoriser la violation du droit commun qu'autant que le peuple l'exige; mais, si la seconde coutume est contraire au droit établi par la première qui, elle, était en dehors du droit, il faudrait encore dix ans pour qu'elle acquière force de loi, dans l'hypothèse du moins où elle ne serait pas connue du souverain. Donc, d'une façon générale, les auteurs n'exigent plus, qu'à titre exceptionnel, que la coutume ait quarante ans d'existence pour qu'elle soit dite légitimement prescrite; à fortiori ne peuvent-ils plus exiger que la coutume postérieure ait quarante ans de date pour prévaloir contre la première.

En second lieu, la coutume peut être abrogée **par une loi postérieure**; le principe est incontesté. Ce qu'une coutume a pu établir, une loi postérieure peut l'abroger. Mais la loi postérieure, qui abroge les coutumes universelles qui lui sont opposées, n'abroge les coutumes particulières qui lui sont contraires, que si elle porte la clause *non obstant toute coutume contraire*; et elle n'abroge la coutume immémoriale que si elle

en fait mention directe en la désignant par elle-même, ou si elle ne laisse subsister qu'une seule coutume contraire, spécialement décrite, et qui, précisément, ne se trouve pas être cette coutume immémoriale elle-même.

En troisième lieu, la coutume peut être abrogée **par une loi antérieure** : la coutume peut être abrogée par une loi antérieure à son introduction, si cette loi interdit ou prohibe à l'avance la formation de toute coutume contraire. En principe cependant, on admet généralement qu'une loi ne peut interdire la formation de coutumes contraires à ses prescriptions que sous la condition que les circonstances resteront celles qui ont présidé à sa promulgation : car, si des circonstances différentes se produisent, il peut se faire qu'une coutume contraire à la loi devienne, non seulement possible et souhaitable, mais encore utile au bien commun. Seule une loi, qui condamnerait à l'avance toute coutume contraire à elle comme non raisonnable, s'opposerait victorieusement, et à perpétuité, à sa formation, semble-t-il. Voilà du moins les principes *théoriques* les plus communément admis. En *pratique*, les auteurs hésitent ordinairement à reconnaître la validité des coutumes diverses qui se sont formées contrairement aux décrets du concile de Trente, et cela, parce que la bulle *Benedictus Deus* de Pie IV les a condamnées. Cependant, si Bouix condamne ces coutumes, c'est, non pas tant en raison de la bulle de Pie IV, qu'en raison de la pratique constante de la curie romaine qui annule ces coutumes.

Telles sont les principales conclusions qui se dégagent de l'enseignement commun des docteurs sur les divers points que soulève la question de la coutume dans le droit canonique.

La Commission pontificale, chargée de la rédaction du nouveau Code, se trouvait donc en présence, d'une part, d'une doctrine rigide, mais ancienne et stable; d'autre part, d'une théorie plus large, érigée en un système solidement constitué et juridiquement discuté; mais cette théorie fort séduisante était, d'abord, moins ancienne, puis, elle demeurerait sujette à des interprétations variées et variables. La théorie fascinait par ses aperçus vraiment originaux; la doctrine moins souriante était plus sûre. Dans quel sens les rédacteurs du nouveau Code ont-ils orienté les décisions du législateur? Quelles décisions le législateur a-t-il jugé bon de prendre sous les instigations de la Commission pontificale? C'est ce qu'il reste à dire.

CHAPITRE III.

QUELLE EST LA DOCTRINE QU'IMPOSE LE NOUVEAU CODE SUR LA COUTUME?

Pour plus de clarté il convient de reproduire, d'abord, textuellement et à la suite les uns des autres, les canons qui ont trait à la question de la coutume dans le nouveau Code (texte latin officiel et traduction française libre); puis, de dégager de ces quelques canons l'enseignement qui en découle sur les six principaux points que soulève la question de la coutume.

1^o REPRODUCTION DES CANONS QUI ONT TRAIT A LA COUTUME DANS LE NOUVEAU CODE DE DROIT CANONIQUE.

C'est le titre second du premier livre, livre intitulé *Normæ generales, Règles générales*, qui est consacré à la coutume et porte le titre classique : *De consuetudine*. Ce titre comprend les six canons numérotés du n^o 25 au n^o 30; mais le canon 30 faisant mention expresse du canon 5, c'est sept canons, et non pas seulement six, qu'il est nécessaire de reproduire (1).

TITRE SECOND. DE LA COUTUME (2).

Canon 25.— Dans l'Eglise la coutume obtient force de loi uniquement en vertu du consentement du supérieur ecclésiastique compétent.

(1) Le texte latin de ces canons est tiré de la petite édition in-18, Romæ, typis polyglottis vaticanis, MCMXXIII : *Codex juris canonici Pii X Pontificis maximi jussu digestus*, Benedicti Papæ XV auctoritate promulgatus, præfatione ab Emi. Petro card. Gasparri et indice analytico-alphabetico auctus. — A signaler aussi l'édition in-8^o du même *Codex* enrichie d'une indication des sources, *fontium annotatione*, par le cardinal Gasparri, Romæ, typis polyglottis vaticanis, MCMXVII.

(2)

TITULUS II. DE CONSUETUDINE

Can. 25. Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis superioris ecclesiastici unice obtinet.

Canon 26. — La communauté, qui est tout au moins capable de recevoir une loi ecclésiastique, peut introduire une coutume qui obtienne force de loi.

Canon 27. — § 1. Aucune coutume ne peut déroger de quelque façon que ce soit au droit divin, soit naturel, soit positif; bien plus, elle ne peut porter préjudice au droit ecclésiastique, à moins d'être raisonnable et légitimement prescrite par quarante années continues et complètes; mais, seule, la coutume raisonnable qui est centenaire ou immémoriale peut prescrire contre la loi ecclésiastique munie de la clause prohibant les coutumes futures.

§ 2. La coutume qui est expressément réprouvée dans le droit n'est pas raisonnable.

Canon 28. — La coutume en dehors de la loi, qui est observée par la communauté, sciemment, avec l'intention de s'obliger, introduit une loi, si elle est, elle aussi, raisonnable et légitimement prescrite par quarante années continues et complètes.

Canon 29. — La coutume est la meilleure interprète des lois.

Canon 30. — En vertu de la mise en vigueur du canon 5, la coutume contraire à la loi ou en dehors de la loi est révoquée par la coutume ou la loi contraire; mais, à moins de faire mention expresse d'elles, la loi ne révoque pas les coutumes centenaires ou immémoriales, ni la loi générale les coutumes particulières.

Can. 26. Communitas quæ legis ecclesiasticæ saltem recipiendæ capax est, potest consuetudinem inducere quæ vim legis obtineat.

Can. 27. § 1. Juri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque juri ecclesiastico præjudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos præscripta; contra legem vero ecclesiasticam quæ clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola præscribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis.

§ 2. Consuetudo quæ in jure expresse reprobatur, non est rationabilis.

Can. 28. Consuetudo præter legem, quæ scienter a communitate cum animo se obligandi servata sit, legem inducit, si pariter fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos præscripta.

Can. 29. Consuetudo est optima legum interpretis.

Can. 30. Firmo præscripto can. 5, consuetudo contra legem vel præter legem per contrariam consuetudinem aut legem revocatur; sed, nisi expressam de iisdem mentionem fecerit, lex non revocat consuetudines centenarias aut immemorabiles, nec lex generalis consuetudines particulares.

Voici maintenant la teneur du canon 5 (1) auquel le canon 30 fait allusion :

Canon 5. — Les coutumes, soit universelles, soit particulières, qui sont actuellement en vigueur contrairement aux prescriptions des canons de ce Code, si elles sont expressément *réprouvées* par ces canons, doivent être corrigées comme étant corruptrices du droit, quand bien même elles seraient immémoriales, et il ne faut pas permettre qu'elles revivent dans l'avenir; quant aux autres (qui ne sont pas expressément réprouvées par le droit, qu'elles soient universelles ou particulières), si elles sont centenaires et immémoriales, elles pourront être tolérées, si les Ordinaires jugent que, en raison des circonstances des lieux et des personnes, elles ne peuvent être prudemment supprimées; mais les autres coutumes (donc toutes celles qui ne sont pas centenaires et immémoriales) doivent être considérées comme supprimées, à moins que le Code n'en ait disposé autrement d'une façon expresse.

2^o ENSEIGNEMENT QUI SE DÉGAGE DES CANONS DU NOUVEAU CODE CONSACRÉS A LA COUTUME.

De ces canons, consciencieusement étudiés, quel est l'enseignement qui se dégage relativement aux six principaux points que soulève la question de la coutume : A) **Notion de la coutume**; B) **Division de la coutume**; C) **Conditions de validité de la coutume**; D) **Effets de la coutume**; E) **Preuve de la coutume**; F) **Abrogation de la coutume**.

A) **Notion de la coutume.**

Le nouveau Code ne donne aucune définition de la coutume. C'est donc que l'ancienne définition, contenue dans le Décret de Gratien, demeure classiquement reçue : « La coutume est un certain droit établi par les mœurs. *Consuetudo est jus quoddam moribus institutum* » (*Grat.*, c. 5, *Consuetudo*, dist. I). La coutume est donc un droit, non plus seulement d'ailleurs quand la loi fait défaut, selon l'enseignement de Gratien, mais même quand la loi existe : car une coutume peut, dans certaines conditions, abroger la loi. Il est cependant à remarquer que, dans

(1) *Can. 5. Vigentes in præsens contra horum statuta canonum consuetudines sive universales sive particulares, si quidem ipsis canonibus expresse reprobentur, tanquam juris corruptelæ corrigantur, licet sint immemorabiles, neve sinantur in posterum reviviscere; aliæ, quæ quidem centenariæ sint et immemorabiles, tolerari poterunt, si Ordinarii protocolorum ac personarum adjunctis existiment eas prudenter submoveri non posse; ceteræ suppressæ habeantur, nisi expresse Codex aliud caveat.*

aucun des canons du nouveau Code, l'expression « droit coutumier » ne figure. Faut-il en conclure que le législateur de 1917, tout en admettant la coutume parmi les sources du droit ecclésiastique, ne reconnaît pas l'existence d'un droit coutumier proprement dit dans l'Eglise? Ce serait tirer du silence du législateur une conclusion sur laquelle il ne semble pas avoir arrêté sa réflexion. La question demeure donc discutable : Y a-t-il dans l'Eglise un droit coutumier proprement dit?

B) Division de la coutume.

Le nouveau Code semble bien consacrer la division communément reçue de la coutume en coutumes conformes à la loi, *secundum legem*, coutumes en dehors de la loi, *præter legem*, et coutumes contraires à la loi, *contra legem*. Aucun texte, il est vrai, ne contient la nomenclature de cette division; mais, d'une part, le canon 27 parle explicitement de la coutume contraire à la loi, comme le canon 28 de la coutume en dehors de la loi, et, d'autre part, le canon 29, en déclarant que la coutume est la meilleure interprète des lois, n'affirme-t-il pas implicitement l'existence, au moins de fait, sinon de droit, de la coutume conforme à la loi? Seule donc demeure sujette à discussion la question déjà soulevée par Suarez : la coutume conforme à la loi, « *secundum legem* », est-elle une véritable coutume introductive du droit?

C) Conditions de validité de la coutume.

Quatre points sont à étudier :

- a) *Quelles qualités doit avoir l'usage lui-même?*
- b) *Quelles sont les communautés qui peuvent introduire une coutume?*
- c) *Quelle influence exerce sur la coutume le consentement du souverain?*
- d) *Quelle durée un usage doit-il avoir pour acquérir force juridique?*

Sur ces quatre points le nouveau Code apporte des solutions d'une importance capitale.

- a) En premier lieu, *quelles qualités doit avoir l'usage lui-même?*

Le nouveau Code mentionne deux qualités, et deux seulement, comme essentielles à tout usage qui tend à devenir une coutume juridiquement valable. *La coutume contraire à la loi, comme la coutume en dehors de la loi, doit être, tout à la fois, raisonnable et légitimement prescrite.*

Le nouveau Code ne dit rien des conditions de validité de la coutume conforme à la loi : ce silence est certainement voulu; car la rédaction du canon 30, qui parle de la coutume interprète des lois, tranche, par sa brièveté et son caractère à première vue incomplet, sur la rédaction, tant

du canon 28, qui énumère les conditions de validité de la coutume contraire à la loi, que du canon 27, qui énumère celles de la coutume en dehors de la loi. De ce silence délibéré, il semble bien résulter que la coutume conforme à la loi n'a pas à réaliser de conditions spéciales pour acquérir force juridique; elle est une extension de la loi qu'elle interprète; dès lors, elle est nécessairement raisonnable comme la loi elle-même dont elle s'inspire, et, par ailleurs, elle n'aurait pas à être légitimement prescrite, puisque son autorité lui vient de la loi même. Néanmoins les canonistes auront la possibilité d'exercer leur sagacité sur ce point non résolu d'une façon précise par le législateur de 1917 : la coutume conforme à la loi a-t-elle à être légitimement prescrite pour obtenir force juridique?

C'est donc, uniquement, des qualités, tant de l'usage contraire à la loi que de l'usage en dehors de la loi, que les rédacteurs du nouveau Code se sont occupés. Ils avaient ordre de le faire (III^e prescription, préface du nouveau Code, p. LII de l'édition citée) en reproduisant, dans toute la mesure du possible, le texte même des anciens documents officiels qu'ils devaient s'appliquer à mettre au point et à compléter. C'est ce qu'ils ont fait, d'une part, en étudiant séparément les conditions de validité de la coutume contraire à la loi (canon 28) et de la coutume en dehors de la loi (canon 29), encore qu'ils aient décrété que ces conditions seraient identiques dans l'un et l'autre cas, et, d'autre part, en expliquant clairement ce qu'il fallait entendre par l'expression *coutume légitimement prescrite*; mais la prescription fera l'objet d'un paragraphe spécial (paragraphe *d*) de la division C). Il reste donc à insister uniquement, pour le moment, sur le caractère *raisonnable* que le nouveau Code exige de tout usage, soit contraire à la loi, soit en dehors de la loi, avant de lui octroyer force juridique.

Nul doute d'ailleurs n'est possible : le nouveau Code proclame d'office, comme l'avait fait jadis Grégoire IX, que la coutume doit être raisonnable; mais il tente de donner, ce que n'avait pas fait Grégoire IX, une définition de la coutume raisonnable; sa définition est, il est vrai, négative; mais enfin elle est donnée, et c'est beaucoup. Il faut recueillir avec respect cet enseignement qui est fourni par deux fois, implicitement d'abord par le canon 5, explicitement ensuite par le canon 27, § 2.

Tout d'abord, dans le canon 5, qui traite de la validité des coutumes contraires aux prescriptions du nouveau Code, le législateur de 1917 distingue entre les coutumes expressément réprochées par ses canons et celles qui ne le sont pas expressément; et il déclare que « les coutumes expressément réprochées par les canons doivent être corrigées comme corruptrices du droit, même si elles sont immémoriales, et qu'elles ne doivent plus être autorisées à reprendre vigueur dans l'avenir : *Consue-*

ludines... si quidem ipsis canonibus expresse reprobentur, lanquam juris corruptelæ corrigantur, licet sint immemorabiles, neve sinantur in posterum reviviscere. L'expression « coutume expressément réprouvée par le droit » est à consigner; car, d'une part, cette coutume est qualifiée de coutume corruptrice du droit, et, d'autre part, c'est cette expression qui va servir à définir la coutume non raisonnable.

Et, en effet, dans le canon 27 § 2, on lit : « la coutume qui est réprouvée d'une façon expresse par le droit n'est pas raisonnable, *consuetudo quæ in jure expresse reprobat non est rationabilis.* »

Plusieurs remarques s'imposent relativement à cette définition, ou plutôt à cet essai de définition.

Première remarque. — C'est à Bottoni et à Hostiensis que les rédacteurs du nouveau Code semblent avoir emprunté leur définition : « est raisonnable, avait d'abord déclaré Bernard de Parme, la coutume que les droits ne réprouvent pas, *illam ideo rationabilem quam non improbant jura* » (commentaire du ch. 11, *quum tanto*, au mot *rationabilis*; voir plus haut p. 149), et Bernard de Parme faisait suivre sa déclaration d'une très longue liste de chapitres tirés des Décrétales de Grégoire IX, chapitres qui semblaient lui donner raison. Puis Hostiensis, à son tour, soucieux de définir pour son propre compte ce qu'était une coutume raisonnable, avait lui-même posé ces deux affirmations : « Une coutume raisonnable, c'est celle qui est approuvée par le droit (et que l'Eglise romaine observe et prescrit d'observer), *scias illam consuetudinem rationabilem fore quæ a jure comprobatur (et quam romana ecclesia servat et præcipit observari)* ». — « D'une façon générale est non raisonnable, avait-il ajouté, tout usage réprouvé d'une façon expresse par le droit en quelque lieu que ce soit, *irrationabilis autem... generaliter ubicumque per jus expressim reprobat* » (Hostiensis, rubrique de *consuetudine* : *quid sit consuetudo*, au mot : *rationabilis*; voir plus haut, p. 156). C'est bien, tout particulièrement, cette dernière formule de Henri de Suze que les rédacteurs du nouveau Code paraissent avoir voulu reproduire.

Deuxième remarque. — Pourquoi les rédacteurs ont-ils emprunté à Hostiensis sa définition de la coutume non raisonnable plutôt que celle de la coutume raisonnable : « La coutume raisonnable est celle qui est approuvée par le droit? » — Mais, tout simplement, pour ce motif qu'il se trouve beaucoup de coutumes non approuvées par le droit qui sont ou peuvent devenir raisonnables, tandis que toute coutume réprouvée en termes exprès par le droit n'est certainement pas raisonnable.

Troisième remarque. — En raison de son caractère négatif, la définition proposée par le nouveau Code laisse ouverte nombre de discussions plausibles sur le caractère raisonnable ou non raisonnable d'un usage; car, ce serait commettre un contre-sens évident que de vouloir tirer du canon 27 une définition positive du caractère raisonnable de la coutume,

en disant, par exemple, que seul l'usage approuvé expressément par le droit est raisonnable. Si, en effet, il est vrai que tout usage approuvé expressément par le droit est raisonnable, il est non moins vrai que de nombreux usages non approuvés, soit expressément, soit même équivalamment par le droit, sont ou peuvent devenir raisonnables.

Quatrième remarque. — L'imprécision de la définition proposée par le législateur de 1917 souligne la difficulté étrange à laquelle on se heurte quand on veut déclarer, avec netteté, à quelles conditions précises un usage doit satisfaire pour être proclamé raisonnable. Peut-être, est-ce encore la définition inventée par Phillips, qui paraîtrait la plus conforme aux canons, malgré son caractère nécessairement vague : « Le mot raisonnable signifie conforme à la nature, à l'esprit, à la fin de l'Eglise » (Phillips, *Sources du Droit ecclésiastique*, § CLXIII, n. 5. Traduction Crouzet, tome troisième, p. 437). En tout cas, si la formule du nouveau Code déclare, de façon satisfaisante, dans quel cas une coutume n'est certainement pas raisonnable, elle permet aux canonistes de l'avenir de dissenter fort longuement sur le caractère raisonnable ou non raisonnable des usages non expressément réprouvés par le droit. Le canon 27, §2, limite en effet la discussion, mais il ne la supprime pas. Un jour viendra peut-être où, à la notion négative de la coutume raisonnable, le législateur substituera une notion positive.

b) En second lieu, *quelles sont les communautés qui peuvent introduire une coutume?*

Aussi bien, le législateur est-il autrement catégorique, quand il s'agit de désigner les communautés aptes à introduire une coutume. Ici, il se met à l'aise; il a la Tradition la plus authentique pour le guider. Le Christ a, en effet, laissé lui-même à la communauté chrétienne un pouvoir réel d'initiative dans sa façon de pratiquer la loi, d'observer les commandements, voire même de se soumettre aux rites sacrés institués substantiellement par lui et qui ont pour nom les sacrements. Nul inconvénient, dès lors, à accorder à la pratique de l'Eglise, — *praxi Ecclesiae*, — une part de collaboration authentique dans l'œuvre législatrice de l'Eglise : l'Eglise dirigée a droit de proposer à l'Eglise dirigeante ses manières de faire comme objet de lois futures; elle a même, jusqu'à un certain point, le devoir d'innover sous ce rapport, en poussant toujours plus loin les exigences de la conscience chrétienne mue par l'Esprit-Saint sous la conduite des pasteurs légitimes. La nouveauté consistera souvent, il est vrai, à renouveler ce qui est ancien, à le reproduire sous des formes encore inusitées, à le rééditer ou à le préciser, à l'enrichir en tout cas sous ses multiples aspects. Mais l'Eglise ne tue pas les initiatives, elle les suscite en les orientant vers les voies sûres.

Les seules questions qui restaient à préciser en 1917 étaient donc de savoir, d'une part, *quelles communautés avaient le pouvoir de proposer*

au législateur leurs propres pratiques comme objet de loi, et, d'autre part, quels actes la communauté devait poser pour que ces actes méritent d'être pris en considération. — Le canon 27 répond à la première de ces questions, le canon 28 à la seconde.

Toute communauté capable de recevoir une loi ecclésiastique, — et non pas seulement toute communauté capable d'édicter une telle loi, — *est apte à introduire dans l'Eglise des coutumes pouvant obtenir force juridique*. La réponse était classique depuis Suarez (elle ne pouvait pas d'ailleurs l'être avant lui, puisque, dans les théories antérieures, c'était le peuple qui, du moins apparemment, donnait force de loi à la coutume; en conséquence, seule une communauté pouvant créer une loi pouvait introduire de même une coutume); mais il était bon que le législateur recouvrit de son autorité cette donnée de la théologie.

Néanmoins, tous les actes posés par la communauté ne sont pas de nature à introduire une coutume; seuls, les actes, *posés sciemment et avec l'intention précise de rendre obligatoire cette manière de faire pour l'avenir*, ont ce pouvoir; ainsi en décide le canon 28 pour la coutume en dehors de la loi; mais cette décision vaut également pour la coutume contraire à la loi. — Cette exigence, qui se concilie assez difficilement, à première vue, avec l'affirmation du canon 25, selon laquelle toute la force de la coutume lui vient uniquement du consentement du souverain, montre combien le législateur attache d'importance à la présentation par le peuple des actes libres, volontairement posés par lui, en vue d'obtenir du souverain qu'il les rende obligatoires par son autorité; *la pratique éclairée et consciente de la communauté conserve une importance essentielle dans l'élaboration de la coutume*, encore qu'elle ne puisse pas, par elle seule, donner force de loi, ni de près ni de loin, à des manières de faire même fréquemment et intentionnellement reproduites. Le peuple reste bien, selon le nouveau droit, cause efficiente, au moins cause efficiente matérielle de la coutume. Ce sont les actes posés par lui qui servent de matière à la coutume. Suarez avait vu juste en maintenant que la communauté demeurerait cause efficiente prochaine de la coutume.

c) En troisième lieu, *quelle influence exerce sur la coutume le consentement du souverain?*

C'est le consentement du souverain, et lui seul, qui confère à la coutume sa force juridique; le canon 25 est, en effet, d'une netteté qui ne permet plus aucune discussion : « Dans l'Eglise la coutume obtient force de loi uniquement en vertu du consentement du supérieur ecclésiastique compétent ».

Deux affirmations d'une portée capitale sont contenues dans ce canon : d'abord, c'est le consentement du supérieur qui donne à la coutume sa valeur juridique : dans l'Eglise, l'autorité vient d'en Haut; puis, c'est *uniquement* le consentement du supérieur qui fait de la coutume

une règle de vie obligatoire; dans l'Eglise, l'autorité ne vient que de Dieu et de ses représentants. La seule cause formelle de la coutume, c'est le consentement du supérieur.

La décision du législateur de 1917 est tranchante, mais elle n'est si tranchante que parce qu'elle est traditionnelle. En effet, les Pères de l'Eglise avaient bien remarqué déjà, que toute pratique, qui aspirait à devenir valable, devait être munie de l'approbation du Christ ou de ses successeurs; mais le terme précis pour formuler cette exigence leur avait fait défaut; ils avaient donc eu recours à une expression équivoque en déclarant que la coutume devait procéder de la Tradition. — A leur tour, les chrétiens du Moyen Age avaient eu conscience que leurs manières d'agir ne pouvaient acquérir force de loi que dans la mesure où elles étaient approuvées du souverain: de là leur insistance à faire remarquer que la coutume, pour laquelle ils réclamaient la protection du pape, s'appuyait, soit sur un privilège concédé par les pasteurs de l'Eglise, soit sur une décision d'un souverain pontife qu'ils se plaisaient à rappeler. — C'est cette même vérité que Grégoire IX lui-même avait voulu exprimer, en déclarant dans sa célèbre décrétale *Quum tanto* qu'aucune coutume ne pouvait prévaloir contre la loi ecclésiastique, à moins d'être raisonnable, c'est-à-dire à moins d'être conforme à la *ratio* ou à la constitution de l'Eglise, laquelle repose tout entière sur l'autorité de Pierre et des évêques; — Enfin, c'est cette conformité de toute pratique coutumière avec l'enseignement du Christ et de ses successeurs, que les conciles du xvi^e siècle voulaient rappeler avec évidence aux Réformateurs; mais, soucieux de faire ressortir l'identité de la doctrine catholique du xvi^e siècle avec celle des premiers siècles, ils avaient emprunté le langage même de Tertullien et de saint Basile, en exigeant que les coutumes véritables découlassent authentiquement, encore qu'indirectement, de la Tradition. — Les rédacteurs du nouveau Code ont donc été heureusement inspirés, en choisissant une expression qui ne prête plus lieu à aucune équivoque, et en proclamant, conformément à la terminologie mise en honneur depuis Panormitanus, que le consentement du supérieur est l'élément formel et essentiel qui consacre la coutume dans son être juridique. Depuis le xvii^e siècle, en effet, la nécessité du consentement du souverain avait pris une place immense dans la théorie de la coutume ecclésiastique. Le législateur de 1917 ne pouvait faire mieux que d'emprunter l'expression heureuse, accréditée (1) par les canonistes,

(1) La preuve, que cette expression était accréditée dès avant la publication du nouveau Code, se trouve dans le *Memento juris canonici* de Mgr Deshayes, professeur de droit canonique au grand séminaire du Mans et rédacteur, pendant de longues années, des consultations canoniques de la revue *L'Ami du Clergé*. Ce *memento* offre cette particularité vraiment curieuse que, dès 1895, il présentait le droit cano-

en décrétant que le consentement du souverain est l'élément unique d'où vient à la coutume sa force juridique.

Aussi bien, afin de laisser entendre que de simples communautés, susceptibles de recevoir une loi, sont aptes à présenter par leurs pratiques la matière même de l'obligation future, le législateur a-t-il pris soin de parler dans son texte, non pas du souverain en général, ce qui aurait pu laisser supposer que, seul, le pape pouvait conférer force de loi à la coutume, mais du supérieur *compétent*, expression qui désigne, aussi bien les évêques pour leurs diocésains, que les prélats pour leurs congrégations et communautés religieuses.

Mais, si le canon 25 est d'une rare précision quand il énonce que le consentement du souverain est absolument indispensable à la constitution de la coutume dans son être juridique, il se tait, d'une façon qui étonne, sur le caractère que doit revêtir ce consentement. Le consentement légal suffit-il? ou bien est-ce le consentement personnel et tacite qui est requis? — Le législateur n'a pas jugé le moment venu de trancher cette question si passionnément débattue dans le passé; elle reste donc libre, et les juristes ne manqueront pas de la reprendre à nouveau. L'opinion généralement, et presque universellement, admise, veut d'ailleurs que le consentement légal soit requis et suffise.

d) En quatrième lieu, *quelle durée un usage doit-il avoir pour acquérir force juridique?*

C'est la fameuse question de la nécessité de la prescription et de sa durée qui reparait. Ici encore, les réponses données sont d'un caractère nettement tranchant.

A coup sûr, le législateur avait connaissance du mouvement d'émancipation qui tendait à libérer la coutume de la contrainte de la prescription et ne la soumettait plus, qu'à titre exceptionnel, à la prescription quarantenaire dans le seul et unique cas où la pratique, se trouvant tout à la fois contraire à la loi et ignorée du souverain, devait encore être prescrite pour acquérir force juridique. Certainement aussi il savait

nique, alors en vigueur, divisé en 2080 articles répartis sous des rubriques, titres et livres divers, selon les matières traitées. Or, voici ce qui est dit du consentement du souverain comme élément requis pour la formation de la coutume : Art. 392 : « La coutume est un droit non écrit, introduit par les manières de faire habituelles du peuple, et confirmé par quelque consentement du législateur. *Consuetudo est jus non scriptum, diuturnis, moribus populi introductum, et aliquo legislatoris consensu firmatum*; — art. 394 § 4 : « La coutume doit être confirmée par le consentement du souverain... debet confirmari consensu Principis... » — Evidemment, le nouveau Code est plus expressif et parle avec plus d'autorité, mais enfin il se sert de la terminologie mise en usage par les canonistes des derniers siècles. (*Memento juris ecclesiastici publici et privati*, auctore P. Deshayes, lib. tertius, tit. IV, de consuetudine, art. 392-399. — Paris, Berche et Tralin, un vol. in-8°, 1895).

que l'opinion la plus répandue depuis Suarez, parmi les théologiens et canonistes, établissait une distinction capitale, — et cela contrairement à la lettre même de la décrétale *Quum tanto* de Grégoire IX, — entre la rationalité et la prescription que devait posséder toute coutume. Selon cette opinion la rationalité était de l'essence de la coutume; la prescription, elle, n'en était pas.

Courageusement et sciemment, le législateur du ^{xx}e siècle s'est opposé au mouvement qui tendait à faire disparaître l'une des données traditionnelles les plus authentiques de la doctrine de l'Église, et, par deux déclarations qui se renforcent l'une l'autre, il a tranché dans le vif pour mettre fin au débat: *la prescription est aussi nécessaire que la rationalité, non seulement à la coutume contraire à la loi* (canon 27), *mais aussi à la coutume en dehors de la loi* (canon 28), a-t-il d'abord prononcé; première décision déjà très meurtrière pour nombre de théories habilement et savamment édifiées. Puis, il a précisé sa pensée en ajoutant: *la prescription que doit avoir toute coutume, qu'elle soit contraire à la loi ou en dehors de la loi, est la prescription quarantenaire: la coutume ne prescrit en effet contre la loi* (canon 27) *et ne peut introduire de droit nouveau* (canon 28) *que si, raisonnable, elle est de plus légitimement prescrite par quarante années continues et complètes*. L'expression, cette fois ne prête plus à aucune équivoque: les quarante ans doivent, non seulement être révolus, mais encore ils doivent n'avoir été interrompus par aucun acte contraire. Seconde décision, qui réduit à néant les argumentations si séduisantes et les distinctions si réellement ingénieuses de Panormitanus, de Suarez, de Reiffenstuel, de Schmalzgrueber, de Bouix, du cardinal Gousset lui-même et de tant d'autres, pour rendre pleine valeur, conformément aux vues de Puchta et de Phillips, à la doctrine de Grégoire IX, doctrine trop brièvement exprimée il est vrai, mais qui reflétait si bien l'esprit des douze premiers siècles de l'Église. Ainsi donc, par un rétablissement audacieux imposé à la théorie la plus communément admise, le législateur de 1917 remonte le cours des âges, et replace théologiens et canonistes en face de la décrétale *Quum tanto* qu'il interprète dans le sens même que son auteur avait, semble-t-il, voulu lui donner, à savoir toute coutume raisonnable devra, en plus de sa rationalité, présenter la garantie d'une prescription légitime, c'est-à-dire d'une durée de quarante ans révolus: car on ne prescrit légitimement contre l'Église et ses droits que par quarante ans. — Est-ce à dire que le législateur de 1917 confonde la coutume et la prescription, et veuille imposer à la coutume toutes les conditions requises pour la prescription? Assurément non: la coutume reste bien distincte de la prescription pour Pie X et Benoît XV comme elle l'était pour Grégoire IX. Mais les souverains pontifes, soucieux de conserver dans l'Église le culte de tout ce qui est ancien par respect pour la Tradition,

imposent à la coutume, comme condition essentielle de validité, qu'elle ait une durée ininterrompue de quarante années révolues (1).

En vérité, aucune décision plus grave n'a été prise par le législateur contemporain sur la question de la coutume; mais aucune décision ne pouvait être plus conforme à l'esprit de l'Église et plus vraiment traditionnelle. — Toutefois il resterait deux points à préciser : le premier serait de savoir si la coutume conforme à la loi a, elle aussi, à être légitimement prescrite pour obtenir force juridique? Le législateur ne le dit pas, et c'est fort peu probable; car la coutume conforme à la loi n'est qu'une extension de la loi, et c'est de son autorité qu'elle procède et jouit. — Le second consisterait à déclarer quel est l'acte initial qui sert de point de départ à la prescription quarantenaire : car cet acte doit être nécessairement consenti, sinon posé, par la majeure partie de la communauté. Aux canonistes d'approfondir la question et d'y répondre.

D) Effets de la coutume.

Le nouveau Code reconnaît, implicitement au moins, trois pouvoirs principaux à la coutume : la coutume contraire à la loi abroge la loi (canon 27); la coutume en dehors de la loi introduit la loi (canon 28); la coutume est la meilleure interprète des lois (canon 29). C'est dire que la coutume interprète, crée et abroge le droit; mais elle ne saurait abroger la loi divine, soit naturelle, soit positive, à laquelle aucune coutume ne peut déroger en aucune façon; elle ne peut abroger que la loi ecclésiastique (canon 27). Somme toute, le législateur de 1917 se contente de recouvrir de son autorité l'enseignement universellement reçu dans l'Église.

E) Preuve de la coutume.

Il est remarquable que le nouveau Code ne contienne aucune décision relative à la preuve de la coutume. Ce silence s'explique, d'ailleurs, fort légitimement par le fait que la preuve testimoniale, qui est la preuve qui convient par excellence à la coutume, est l'objet d'une étude longue et détaillée qui ne comporte pas moins de trente-sept canons (canon 1754 au canon 1791) du livre IV du nouveau Code, quatrième livre consacré aux *procès*, *De processibus*. En conséquence, les règles qui régissent la

(1) Quoique la durée de la prescription soit uniformément fixée à quarante ans pour qu'une coutume puisse être dite prescrite dans le droit canonique, cependant l'article 1511, § 2, du nouveau Code déclare que les droits, mobiliers et immobiliers, se prescrivent contre les personnes morales ecclésiastiques, autres que le Saint-Siège, par un laps de temps de trente années.

preuve testimoniale dans les divers jugements seraient, le cas échéant, utilisées pour prouver l'existence des coutumes qui, invoquées, viendraient à être contestées. La coutume ne comporte donc plus, officiellement du moins, de modes de preuve qui lui soient particuliers. Cela tient, d'une part, à ce que la coutume n'a plus qu'un champ d'action restreint, et, d'autre part, à ce que l'Église a nettement déterminé les moyens d'établir ses enquêtes, quand celles-ci s'imposent pour le bien de ses sujets.

F) Abrogation de la coutume.

C'est le canon 30 qui est consacré *ex professo* à la question de l'abrogation de la coutume; mais ce canon demande à être complété, tant par le canon 5, auquel il fait appel d'ailleurs, que par le canon 27 qui traite incidemment de ce sujet.

En principe, déclare le nouveau Code, la coutume contraire à la loi et en dehors de la loi, — la coutume conforme à la loi continue à être ignorée du législateur de 1917, comme coutume de droit proprement dite, — est révoquée, c'est-à-dire abrogée, *soit par une coutume soit par une loi contraire postérieure* (canon 30).

Le Code n'insiste pas sur le cas où c'est par *une coutume contraire postérieure* que la coutume antérieure se trouve abrogée; il néglige même de dire si c'est par dix ans ou par quarante ans que la seconde coutume prescrit contre la première; cette omission permettra sans doute à quelques juristes de soutenir, à nouveau, qu'une coutume postérieure peut prescrire en dix ans contre une coutume antérieure, si celle-ci se trouvait être contraire à la loi.

Mais, par contre, le Code s'arrête plus longuement sur le cas où la coutume est abrogée *par une loi contraire, soit par une loi contraire postérieure, soit par une loi contraire antérieure*.

Si c'est *une loi contraire postérieure* qui abroge la coutume, il est désormais certain que, sauf mention spéciale consignée dans la loi postérieure, celle-ci ne révoque pas les coutumes centenaires ou immémoriales, d'une part, et que, d'autre part, une loi générale laisse subsister les coutumes particulières qui lui sont opposées. Le nouveau Code donne donc force de loi aux conclusions généralement admises sur ces deux points par les docteurs du début du ^{xx}e siècle.

Mais, si c'est *une loi antérieure* qui abroge la coutume, le nouveau Code propose du problème deux solutions : d'abord une solution générale, puis une solution particulière.

La solution générale vaut pour toutes les lois ecclésiastiques qui sont munies de la clause qui prohibe les coutumes contraires qui viendraient à s'introduire dans l'avenir : contre de telles lois munies de cette clause,

seule peut prescrire une coutume raisonnable qui serait centenaire ou immémoriale (canon 27). — Si on se souvient que les décrets du concile de Trente étaient tous comme munis d'une clause semblable en raison de la constitution *Benedictus Deus* de Pie IV et que, par ailleurs, depuis le concordat de 1801, des coutumes nouvelles avaient pu s'introduire en France et devenir centenaires, on est amené à proclamer le caractère libéral de la décision prise par le législateur de 1917. En effet, tandis que l'abbé Bouix pensait prudent, et le cardinal Gousset rigoureusement indispensable, de déclarer nulles et sans valeur les coutumes, et toutes les coutumes, contraires aux lois de l'Église sans distinction, le nouveau Code laisse subsister, pour le présent et pour l'avenir, les coutumes, qui, quoique contraires aux lois ecclésiastiques, seraient raisonnables, c'est-à-dire n'auraient pas été expressément réprochées par le droit, à condition toutefois qu'elles soient centenaires ou immémoriales. Nul doute que beaucoup de pratiques ne cherchent à bénéficier de la valeur rendue possible par le canon 27, et que les canonistes n'utilisent cette décision pour tenter de rendre à leur théorie, plus ou moins ébranlée dans ses fondements, quelque nouvelle vigueur. En tout cas, on est heureux de trouver, *dans le titre même de la Coutume*, une preuve de l'esprit libéral dont l'Église fait usage, quand elle le peut sans détriment pour son dogme, sa morale ou sa discipline.

La solution particulière adoptée par le nouveau Code (canon 5) concerne les coutumes qui, en vigueur en 1917, se trouveraient contraires à l'une quelconque des décisions contenues dans ses 2414 canons. — Le législateur établit une distinction fondamentale entre les coutumes qui, contraires à ces prescriptions, sont réprochées expressément par les canons eux-mêmes, « si quidem ipsis canonibus expresse **reprobentur** », — et c'est le texte officiel lui-même qui souligne par l'emploi de caractères italiques le mot *reprobentur*, — et celles qui ne sont pas expressément réprochées par ces canons. Or une coutume réprochée, c'est une coutume condamnée, et non pas seulement une coutume prohibée; et, par ailleurs, une coutume expressément réprochée, c'est une coutume qui l'est en termes formels et explicites. Eh bien! ces coutumes réprochées expressément par l'un des 2414 canons nouvellement promulgués, elles doivent être, en premier lieu, corrigées, donc supprimées; car la correction d'une coutume contraire à une loi ne peut consister qu'à la rendre conforme à cette loi, ce qui équivaut à sa suppression; en second lieu, elles doivent être corrigées comme corruptrices du droit, *tanquam juris corruptelæ corriganlur*, prend soin de noter le nouveau Code qui déclarera précisément, tout à l'heure, qu'une coutume expressément réprochée par le droit n'est pas raisonnable (canon 27, § 2); en troisième lieu, elles doivent être corrigées quand bien même elles seraient immémoriales, ajoute le législateur, et on devra veiller à ce qu'elles ne renais-

sont pas dans l'avenir; littéralement: elles ne doivent plus être autorisées à reprendre vigueur dans l'avenir, *neve sinantur in posterum reviviscere*. C'est donc la condamnation formelle et l'abrogation strictement obligatoire de toute coutume expressément réprouvée dans le nouveau Code. — Quant aux coutumes non expressément réprouvées dans les nouveaux textes, de deux choses l'une: ou bien elles sont centenaires et immémoriales (il est à remarquer que, dans l'expression *quæ quidem centenariæ sint et immemorabiles*, le législateur semble identifier la coutume centenaire et la coutume immémoriale qu'il joint par la copule *Et*) (1) et, en ce cas, elles peuvent être tolérées, dans l'hypothèse du moins où les Ordinaires jugeraient que, en raison des circonstances, des lieux et des personnes, elles ne pourraient pas être prudemment supprimées; ou bien elles ne sont pas centenaires et immémoriales, et, alors, elles doivent être considérées comme supprimées par le fait même, à moins que le Code n'en ait disposé autrement d'une façon expresse.

Le législateur ne précise pas, ni dans quelles circonstances une coutume peut ou ne peut pas être prudemment supprimée, ni quels sont les divers canons qui laissent subsister les coutumes non conformes à leurs prescriptions. C'est donc qu'il laisse aux Ordinaires et aux canonistes le soin de régler ces multiples détails, tout comme celui de dresser la liste, d'une part, des coutumes expressément réprouvées par le droit, et, d'autre part, des coutumes centenaires et immémoriales qui, non expressément réprouvées par le droit, peuvent être tolérées et maintenues en vigueur.

Mais, malgré ces imprécisions, ou plutôt, en raison même de ces imprécisions et des problèmes qu'elles soulèvent, le législateur de 1917 manifeste, en ce qui concerne l'abrogation de la coutume, une largeur de vues qui lui fait grand honneur; car elle s'est rarement rencontrée chez ses devanciers dans l'un et l'autre droit, comme il est facile de s'en convaincre, en constatant que les auteurs des divers codes ont tous, ou presque tous, interdit à l'avance, non seulement de modifier leurs décisions, mais même de les interpréter. Le législateur de 1917, tout en imposant d'autorité l'observance de ses 2414 canons, ne les a du moins pas proclamés, immuables et inchangeables, d'une façon absolue et dans

(1) L'emploi de la copule « et » dans le canon 5 mérite d'autant plus d'être signalé que les rédacteurs ont fait emploi de la conjonction « ou, aut », tant dans le canon 27 que dans le canon 30, pour unir la coutume centenaire ou immémoriale. Cette différence dans la façon dont des rédacteurs attentifs se sont exprimés à quelques pages, dans un même texte soigneusement étudié, rend plus instante la question de savoir si, oui ou non, il convient d'identifier la coutume centenaire et la coutume immémoriale: toute coutume centenaire doit-elle être désormais considérée comme immémoriale?

leur totalité, pour le présent et pour l'avenir; c'est ce qui ressort de l'étude des décisions relatives à l'abrogation des coutumes.

Conclusion de la cinquième partie.

Que doit au nouveau Code la question de la coutume dans le droit canonique? C'est ce qu'il convient d'établir maintenant.

Au nouveau Code, la coutume dans le droit canonique doit, d'abord, une doctrine officielle, concise et abondante; puis, une doctrine traditionnelle définitivement assimilée aux principes fondamentaux du christianisme; enfin, une doctrine franchement favorable tant à l'existence dans l'Église d'une véritable coutume de droit qu'aux investigations futures des canonistes.

Tout d'abord, la coutume doit au nouveau Code une doctrine officielle, concise et abondante sinon dans la forme, du moins pour le fond. — Jusqu'en 1917, la doctrine de l'Église sur la coutume se trouvait éparpillée de ci de là, cachée et presque perdue dans des textes, nombreux, il est vrai, mais non concordants, et qui avaient trait pour la plupart à des cas concrets et à des espèces particulières. Sans doute, *les Décrétales de Grégoire IX*, le *Sexte* et les *Extravagantes communes* possédaient bien un de leurs chapitres intitulé de *Consuetudine*; mais, de ces chapitres on n'arrivait qu'avec beaucoup de peine à extraire une doctrine cohérente et digne de ce nom. Sans doute aussi, les conciles et la curie romaine avaient souvent parlé de la coutume, les conciles pour la louer plus que pour la blâmer, la curie romaine plus pour la condamner que pour en favoriser l'extension; mais aucun document officiel, si on en excepte le chapitre 11, *quum tanto*, de Grégoire IX, ne présentait, condensée et harmonieusement unifiée, la législation de l'Église sur ce vaste et important sujet. Le nouveau Code comble heureusement cette lacune. Cette fois l'Église possède une doctrine officielle sur la coutume. Le titre II du premier livre de la récente codification renferme ce qu'il promet : les décisions ne sont plus perdues au milieu des considérations des personnes et des lieux et de multiples discussions; la partie qui intéresse directement la doctrine ne constitue plus une part infinitésimale des documents; les textes sont concis; ils parlent de la coutume et d'elle seulement; ils en parlent en termes techniques et vraiment juridiques; ils sont, il est vrai, peu nombreux; le *titre de la Coutume* ne comprend que six canons d'un laconisme sévère, mais la doctrine qu'il renferme est d'une abondance qui contraste singulièrement avec celle qui se dégageait si pauvrement des volumineux parchemins de jadis. Cette doctrine se tient; elle forme un tout. On n'a plus à en douter : l'Église a une doctrine officielle, concise et abondante sur la coutume.

Cette doctrine est, d'ailleurs, traditionnelle et vraiment assimilée aux

principes fondamentaux du christianisme. Elle est, en premier lieu, traditionnelle; car elle ramène les théoriciens, qui, depuis six siècles, discutaient pour savoir si, oui ou non, la coutume devait être nécessairement prescrite pour avoir force de loi dans l'Église, à la formule même de Grégoire IX interprétée dans son sens littéral et obvie, formule qui déjà résumait merveilleusement l'enseignement même des Pères de l'Église. -- Elle est, en second lieu, vraiment assimilée aux principes fondamentaux du christianisme, et cela, à un double point de vue : au point de vue de la part qui revient à l'Église dirigeante, et, au point de vue de la part qui revient à l'Église dirigée dans la formation de la coutume. En effet, d'une part, c'est le souverain, et lui seul, qui donne sa force à la coutume; que ce souverain ait la charge de gouverner l'Église dans son ensemble ou seulement une portion de cette Église, l'autorité vient de Dieu et de Dieu seul. Et, d'autre part, c'est le peuple qui, par sa pratique librement consentie, introduit la coutume, tout en se soumettant aux ordres précis des ministres du Christ à travers les âges; car le peuple chrétien, représenté par toute communauté susceptible de recevoir une loi, a le pouvoir incontesté de proposer à la sanction du législateur, comme objet de lois, sa manière de pratiquer la religion, de traduire sa piété, d'exprimer ses sentiments envers la Divinité. Le nouveau Code concilie le double aspect, aristocratique et démocratique, de la doctrine du Christ : la sanction vient d'en Haut, mais c'est le peuple qui agit. La coutume n'est plus un pur produit du peuple-souverain; mais elle n'est pas non plus une législation qui émane du seul supérieur de la communauté. Le législateur est parvenu à vivifier l'un par l'autre les deux éléments qui se combattaient en apparence, et à christianiser le courant païen qui avait fait de la coutume, dans le passé, une manifestation de la conscience populaire en marge de l'autorité.

Aussi bien, cette christianisation de la coutume rend-elle la doctrine de l'Église au ^{xx}e siècle franchement favorable, tant à l'existence d'une véritable coutume de droit, qu'aux investigations futures des canonistes. Le nouveau Code fait une place, et une place relativement importante, à la coutume dans la législation de l'Église; contrairement à bien des codes de droit civil qui ignorent totalement la coutume ou ne lui laissent qu'une place insignifiante, — tel le code napoléonien, — le nouveau Code de droit canon affirme nettement que la coutume reste créatrice et abrogatrice de droits; et il détermine avec précision les conditions que ces coutumes doivent réaliser, tant pour introduire des obligations nouvelles que pour en supprimer d'anciennes. Le peuple garde son droit, le droit que lui a conféré le Christ en lui faisant un devoir d'agir conformément à ses commandements; ce droit, si restreint qu'il puisse paraître, est maintenu, consacré, sanctionné par l'Église qui, par là même, se montre plus démocratique que nombre de législations modernes. Et,

non seulement le nouveau Code se montre, en fin de compte, franchement favorable à la coutume; mais encore il évite de trancher, par des décisions précipitées et prématurées, un grand nombre de détails relatifs à la coutume; il laisse ainsi un vaste champ ouvert aux libres recherches des savants.

Voici d'ailleurs, énumérés à la suite les uns des autres, quelques-uns des problèmes que soulève la nouvelle législation de l'Église sur la question de la coutume :

Y a-t-il dans l'Église un droit coutumier proprement dit?

La coutume interprète des lois est-elle une véritable coutume de droit? ou participe-t-elle plus de la loi écrite que du droit non écrit?

La coutume interprète des lois doit-elle être prescrite pour obtenir force juridique?

Dans quels cas une coutume non expressément réprouvée par le droit peut-elle être dite raisonnable?

Quelles sont les diverses communautés qui, susceptibles de recevoir une loi ecclésiastique, peuvent introduire des coutumes?

De quelle nature doit être le consentement donné à la coutume par le législateur ou le souverain? Le consentement légal suffit-il? ou est-ce le consentement personnel, au moins tacite, qui est requis?

Quel est l'acte initial qui sert de point de départ à la prescription quarantenaire exigée pour toute coutume, soit contraire à la loi, soit en dehors de la loi?

Quels sont les divers modes de preuve propres à la coutume?

Est-ce par dix ou quarante ans que la coutume postérieure prescrit contre une coutume antérieure contraire à la loi?

Toute coutume centenaire est-elle par le fait même immémoriale?

Quelles sont les coutumes expressément réprouvées par le nouveau Code?

Quelles sont les coutumes contraires et immémoriales qui sont, en fait, tolérées par les Ordinaires dans les différents diocèses ou Ordres religieux, conformément à la licence octroyée par le canon 5 du nouveau Code?

Quelles sont les coutumes que les canons du nouveau Code laissent expressément subsister?

La simple énumération de ces questions manifeste clairement que le nouveau Code de droit canonique n'a pas voulu ni prétendu résoudre, par lui seul, tous les problèmes soulevés par la grave question de la coutume. Aux canonistes et aux théoriciens de se mettre à l'œuvre, d'une part, pour justifier rationnellement la doctrine de l'Église contenue dans le nouveau Code, d'autre part, pour compléter cette doctrine et préparer les solutions qui s'imposeront dans un avenir plus ou moins lointain.

La question de la coutume dans le droit canonique est loin d'être épuisée et elle demeure ouverte (1).

(1) Des commentaires du nouveau Code commencent à paraître. Sans parler des articles de revues publiés, soit en 1904, soit en 1918, on peut citer comme travaux intéressants à différents points de vue : ceux de Vermeersch, de Maroto; puis le manuel de Bargilliat (Paris, 1921, 2 vol. in-12, chez Baston), les *Institutions canoniques* du P. Joseph Pie Mothon, O. P. (Bruges, 1922-1924, 2 gros volumes in-8°, Desclée); et surtout le *Jus canonicum ad normam Codicis exactum* de Wernz-Vidal (Wernz refondu par Vidal), Romæ, via del seminario, 120, in-8°, le tome II *De personis* a paru en 1924; le tome V, *Jus matrimoniale*, a paru en 1925. — Il eût été très utile, au point de vue historique, de pouvoir étudier les divers rapports qui ont été rédigés, par les consultants, sur la question de la coutume en vue du nouveau Code, puis de prendre connaissance des discussions établies sur ces rapports, et enfin de chercher les raisons qui ont amené le législateur à adopter telle solution et tel texte. Mais les archives de la nouvelle codification, actuellement conservées à la secrétairerie d'Etat du Vatican, ne sont pas ouvertes au public. Il serait, paraît-il, question de publier, après les *Fontes*, un choix des *Vota* des consultants. Cette publication sera de nature à enrichir cet essai historique. — Pour plus amples renseignements sur les commentaires du *Codex juris canonici*, voir le livre très documenté de F. Cimetier : *Pour étudier le Droit canonique* (introduction générale, bibliographie, réponses et décisions, documents complémentaires 1917-1927), Paris, Gabalda, 1 vol. in-12, 1927. — Ce livre donne à la page 30 l'indication de nouvelles études sur la coutume. — F. Flumene : *Il valore della consuetudine qua le fonte normativa nella patristica latina e greca*, in-8° de 64 pages; *La legge non scritta nella storia e nella dottrina etico-quiridica della greca classica*, in-8°, de viii-140 pages; *La consuetudine nel suo valore quiridico*, in-8° de 306 pages, Sassari, Gallizz, 1922-1925. — J. Bolten : *Das Gewohnheitsrecht in Codex juris canonici*, Munster, 1923.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Lentement, mais sagement l'Église catholique est parvenue à formuler sa doctrine sur la question si délicate de la coutume.

Durant les douze premiers siècles, elle s'est contentée de se prononcer sur la validité ou la non-validité de telles ou telles coutumes qui s'étaient formées, ou dans son propre sein, ou dans les sociétés différentes d'elle-même. Forte de l'assistance dont le Christ l'avait dotée, elle a discerné, avec justesse, les pratiques susceptibles d'être christianisées et de favoriser le développement de son dogme, la propagation de sa morale, le maintien de sa discipline, et celles qui ne pouvaient que semer l'erreur, encourager l'immoralité ou rompre sa propre unité. D'instinct, pourrait-on dire, et sous l'influence de l'Esprit qui l'anime depuis ses origines, elle a ainsi accueilli et loué certaines coutumes, éloigné et condamné certaines autres, évitant toutefois avec soin d'éditer, prématurément, une doctrine qu'elle possédait à coup sûr en elle-même à l'état de germe, mais qu'il ne convenait de formuler que lentement sous la pression des nécessités. Bien des coutumes ont pu ainsi exercer leur action et jouer en fait, sans être admises comme droit juridiquement reconnu et défini, au cours des douze premiers siècles de la vie de l'Église.

Mais, peu à peu, l'Église a dégagé des faits la leçon qu'ils contenaient; avec une sûreté absolue elle a, dès le ^{xii}e siècle, ébauché une doctrine sur la coutume, sans nullement se soucier de savoir comment elle se concilierait, théoriquement, avec les principes juridiques du droit romain alors en honneur. Les souverains pontifes, appelés à dirimer des débats souvent passionnés entre les différentes fractions de la chrétienté, ont progressivement déclaré à quelles conditions une pratique devait satisfaire pour pouvoir être reçue comme droit dans l'Église catholique; c'est ainsi que les décrétales des divers papes des ^{xiii}e et ^{xiiii}e siècles ont posé les grands principes qui devaient servir à la formation de la doctrine ecclésiastique sur la coutume, doctrine que Grégoire IX a cru pouvoir résumer dans une formule célèbre qui, tout en exprimant la vraie tradition de l'Église, ne craignait pas de reproduire partiellement une sentence de Constantin lui-même. Dès 1230, pour pouvoir porter préjudice au droit positif, la coutume ecclésiastique devait être, et raisonnable, et

légitimement prescrite; raisonnable, c'est-à-dire approuvée par les pasteurs de l'Église; légitimement prescrite, c'est-à-dire suffisamment ancienne pour qu'on ait la garantie de sa conformité avec les principes du christianisme. La doctrine de l'Église était dès lors essentiellement constituée. Mais il fallait la justifier et la compléter.

Alors apparurent les juristes, les civilistes d'abord, les canonistes ensuite. Tous, soucieux de rejoindre à l'aide d'arguments toujours solides, encore que parfois subtils et compliqués, les exigences de la pure doctrine, — dans l'Église, la doctrine a toujours précédé la théorie, de même que ce sont les faits qui ont permis à la doctrine de se dégager, — tous se mirent à l'œuvre avec un courage fort méritoire, une bonne volonté évidente, un savoir-faire et une compétence indéniables. Ce fut l'âge d'or de la science du droit, du droit ecclésiastique et du droit civil, âge d'or dont Azon, Accurse, Bernard de Parme, Henri de Suze, Guillaume Durand, saint Thomas d'Aquin sont les principaux représentants. Mais chaque décrétaliste et chaque glossateur, en enrichissant la théorie de ses prédécesseurs, la surchargeaient et la compliquaient. Jean André éprouva le besoin très légitime d'unifier l'enseignement qui avait cours de son temps. La théorie de la coutume était dès lors édiflée. — Malheureusement, elle était plus profane que chrétienne, plus conforme aux données du droit romain qu'aux données du droit ecclésiastique. Il importait de christianiser la théorie si savamment construite. — Panormitanus s'employa à cette grande œuvre et en posa les jalons; Suarez la compléta. Dès le xvii^e siècle, la théorie avait rejoint, semble-t-il, la doctrine, relativement à la question de la coutume dans le droit canonique.

En réalité la théorie avait dépassé la doctrine. En effet, le mouvement d'émancipation de la théorie de la coutume date de Suarez lui-même : en voulant justifier d'une façon trop systématique la doctrine éditée par Grégoire IX, Suarez s'en était écarté sur un point notable. La prescription cessait d'être, pour Suarez, ce qu'elle était pour Grégoire IX, de l'essence même de la coutume. Les successeurs de Suarez tombèrent dans la même erreur : Reiffenstuel et Schmalzgrueber, élargissant la théorie du théologien espagnol, n'eurent aucune peine à démontrer que la prescription n'était pas aussi essentielle à la notion de la coutume que la rationabilité.

Un redressement s'imposait. Puchta et Phillips le tentèrent, mais ils n'avaient pas l'autorité nécessaire pour l'opérer. Bouix et le cardinal Gousset, à leur tour, éprouvèrent le besoin de rapprocher la théorie de la doctrine, mais leur effort porta à faux. Fascinés en quelque sorte par la notion du consentement du souverain, ils en étendirent, d'une façon excessive, les exigences, au point de ne plus admettre que, en aucun cas, la coutume pût s'établir contrairement à une loi qui l'avait prohibée

à l'avance. Par contre, ils méconnurent la rigueur de la seconde condition imposée par Grégoire IX, et ils abandonnèrent, l'un et l'autre, la prescription quarantenaire pour ne maintenir que la prescription décennale, ou même une prescription de moindre durée.

Il était temps que le Docteur suprême fit à nouveau entendre sa voix. Pie X le comprit, et Benoît XV réalisa le projet de Pie X. La doctrine de l'Église ébauchée au XIII^e siècle fut à nouveau étudiée à la lumière des siècles passés; elle en sortit enrichie; et cette fois elle est nettement, quoique brièvement, formulée: d'une part, la prescription est déclarée aussi essentielle à la coutume que la rationabilité, et la prescription légitime est ramenée à sa notion initiale et originelle en matière ecclésiastique, c'est-à-dire à une durée uniforme de quarante années complètes et continues. D'autre part, les diverses conditions de validité de la coutume sont précisées, mais sans préjudice de l'avenir: car le législateur prend soin de ne pas condamner à l'avance, d'une manière indistincte, toutes les coutumes qui pourraient se développer contrairement aux décisions qu'il a cru sage de prendre; et, par ailleurs, il évite de se prononcer prématurément sur nombre de points qu'il abandonne aux libres recherches et discussions des canonistes.

Après de telles considérations sur l'historique de la coutume dans le droit canonique, qui donc pourrait nier que l'Église soit demeurée fidèle à la Tradition primitive? Qui donc oserait mettre en doute sa merveilleuse faculté d'assimilation pour christianiser les éléments étrangers à sa doctrine? Qui même pourrait, loyalement, refuser de reconnaître le sage libéralisme dont l'Église fait preuve en laissant à ses sujets, dans leurs pratiques religieuses, la liberté de leurs initiatives, du moment que ces initiatives demeurent soumises au contrôle souverain de l'autorité?

ÉPILOGUE

L'essai historique qu'on a tenté d'esquisser est loin d'être complet. Si, en effet, par endroits, on s'est arrêté avec complaisance sur certains auteurs en en donnant de très larges extraits, au point qu'on pourrait reprocher à ce travail d'être trop livresque, par ailleurs, on a dû se borner dans le choix des écrivains cités, et toute une littérature resterait à dépouiller. Nul doute que, parmi les œuvres non étudiées, il y ait des données intéressantes à recueillir et à mettre en valeur.

De plus, cet essai historique appellerait un complément doctrinal. Bien des points de doctrine ne sont en effet qu'effleurés, et il conviendrait, notamment, d'établir avec précision les rapports de la coutume, non seulement avec le privilège et le statut, mais aussi avec la prescription.

Mais l'idée maîtresse, sur laquelle il importe d'insister au terme de cette étude, est celle-là même sur laquelle on a déjà attiré l'attention dans l'introduction qui sert de préface à cet essai. Cette idée n'est autre que celle d'un rapprochement entre le droit non écrit et le droit écrit : ce rapprochement doit, désormais, apparaître comme plus possible et plus désirable que par le passé.

A bien y regarder de près, la coutume et la loi, loin de s'opposer radicalement, ont de nombreuses ressemblances : en effet, et d'abord, le but de la coutume et de la loi est identique : ce but, c'est de favoriser le bien général et de promouvoir le progrès matériel et moral de l'humanité. — Puis, la cause formelle de la coutume est également cause formelle de la loi, au moins dans le droit canonique ; cette cause formelle, c'est l'autorité du souverain. « La coutume ne tire sa force, déclare le nouveau Code de droit canonique, que du seul consentement du supérieur ». Et, s'il est vrai que, dans le droit civil, c'est le peuple qui demeure la cause formelle de la coutume par le consentement qu'il lui donne, il importe de bien remarquer que, dans la réalité profonde des choses, c'est la *raison* qui est le véritable élément qui constitue la coutume, même civile, dans son être juridique : car les collectivités ne peuvent recouvrir valablement de leur consentement que les seules coutumes raisonnables ; et, si le peuple peut conférer force juridique à certaines de ses manières

d'agir, ce n'est qu'autant qu'il se fait le représentant de la raison, donc le défenseur du droit naturel, et dans la mesure même où il consacre, par sa pratique, les exigences de ce droit inscrit au plus profond des consciences humaines. Mais qui ne voit, dès lors, que l'élément, qui confère à la coutume civile sa force propre, est celui-là même qui la confère à la coutume ecclésiastique, tout comme à la loi écrite, tant dans le droit civil que dans le droit canonique. C'est le *caractère raisonnable* d'une pratique qui permet, soit au peuple, soit au souverain de la rendre obligatoire. En dépit des apparences, il y a donc identité entre la cause formelle de la coutume et celle de la loi jusque dans le droit civil. — Autant dire que la coutume et la loi ne se distinguent essentiellement qu'au point de vue de la cause matérielle qui est une partie de la cause efficiente (la cause efficiente totale comprend la cause formelle et la cause matérielle). La cause matérielle de la coutume, c'est la pratique de la collectivité, ce sont les actes posés par le peuple, ou tout au moins par la majeure partie du peuple; en d'autres termes, ce sont les mœurs, mais seulement les mœurs raisonnables de la multitude. La cause matérielle de la loi, c'est la pratique imposée désormais comme obligatoire par le législateur, et cela, de sa propre autorité, sans sollicitation directe de la collectivité. Mais le législateur, en édictant sa loi, en prescrivant tel ou tel acte, ne peut pas ne pas tenir compte des besoins réels et vitaux de ses sujets.

Dès lors, la distinction réelle, qu'il faut maintenir entre la cause matérielle de la loi et celle de la coutume, ne doit point constituer une opposition irréductible entre les deux droits; et il est du plus haut intérêt social et moral que, entre l'ordre écrit du législateur et la pratique de la multitude, il y ait rapport étroit et constant; le législateur doit s'inspirer des mœurs de la collectivité qu'il est appelé à gouverner; il doit considérer ces mœurs, non pas, à coup sûr, pour les approuver indistinctement et toujours, mais pour les diriger, les redresser au besoin, les orienter en tout cas vers la fin de la société qui est le bonheur de l'homme. Mais, à son tour, la collectivité doit aspirer à ne présenter à la consécration du législateur que des mœurs vraiment sages et salutaires, c'est-à-dire des pratiques qui favorisent le bien général en portant les individus vers leur fin. En dernière analyse, ce sont donc les mœurs qui demeurent l'élément fondamental et la matière tant du droit non écrit que du droit écrit. Aussi le souverain ne peut-il faire litière des pratiques de la multitude qu'il est appelé à gouverner, s'il ne veut courir le risque de formuler en vain des lois sans portée; et la collectivité ne peut-elle prétendre obtenir pour ses pratiques l'approbation du souverain que si ces pratiques tendent à favoriser le bien commun.

De si grandes et de si nombreuses ressemblances entre le droit non écrit et le droit écrit justifient singulièrement la formule heureuse dont

saint Nicéphore, patriarche de Constantinople en 806, est l'auteur : la coutume n'est qu'une loi non écrite, et la loi n'est qu'une coutume écrite. Si spécieuse que paraisse cette proposition, elle est d'une grande profondeur et cache une précieuse leçon.

Entre la coutume et la loi il y a des rapports étroits, et il est à souhaiter que, de plus en plus, il y ait accord réciproque et soutien mutuel de ces deux facteurs en vue du progrès moral des diverses sociétés et de l'humanité. Ne divisons pas, mais unifions les éléments qui doivent concourir au bonheur et au salut de tous.

Vu, le 24 février 1928 :

Le Président de la thèse,

PAUL FOURNIER

Vu :

Le Doyen,

II. BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur de l'Académie
de Paris,*

S. CHARLÉTY

LISTE DES AUTEURS ET OUVRAGES CONSULTÉS

- ARBO, ABBAS FLORIANCENSIS.** — Collectio canonum, cap. IX: de differentia legis et consuetudinis. — *Migne, P. L., t. CXXXIX, col. 482.*
- ACCURSE.** — Corpus juris civilis, Comment. Justiniani, l. 2 et 3, Cod., VIII, 52. — *Parisiis, 1576. Bibl. nat. F. 90, col. 2026 et 2027.*
- ADRIEN IV.** — Epistola 173 : ad N., decanum et capitulum Suessionense. Pro libertate et consuetudinibus Suessionensis ecclesie. — *Migne, P. L., t. CLXXXVIII, col. 1547.*
- ALEXANDRE III.** — Epistola 878 : ad Henricum Remensem archiep. et Gualterum Tornacensem episcopum. Ut pravam consuetudinem tollant in parochia Dudaselensi. — *Migne, P. L., t. CC, col. 787.*
- AMBROISE (Saint).** — De Sanctis, lib. III, cap. I. — *Migne, P. L., t. LXXXVII, col. 1186 et 1187, en note.*
- ANDREA GIOVANNI.** — Voir Jean André.
- ANDRÉ DEL VAULX ou DELVAULX** — Vallensis Andreas, vulgo André del Vaulx ou Delvaux Andanensis : Paratitla juris canonici sive Decretalium D. Gregorii Papæ IX summaria ac methodica explicatio; præmium § 8, et lib. I, tit. 4, de consuetudine. — *Lugduni, sexta editio, 1658, 1 vol. in-4°. Bibl. nat. E. 2660.*
- AUGUSTIN (Saint).** — De baptismo contra Donatistas, lib. IV, cap. V. — *Migne, P. L., t. XLIII, col. 157.*
- Epistolæ. Classis I : epist. XXIX, Alypio episcopo, § 8; — epist. XXXVI, Casulano presbytero, cap. I, § 2; — epist. LIV, Januario, cap. II, IV, V, VI; — epist. LV, Januario, cap. XVII, XVIII, XIX, XX. — *Migne, P. L., t. XXXIII.*
- De Genesi ad litteram, lib. X. De animarum origine, c. XXXIII. — *Migne, P. L., t. XXXIV, col. 426.*
- De musica, lib. II, c. 8, § 15. — *Migne, P. L., t. XXXII, col. 1108.*
- AZON.** — Azonis jurisconsultissimi in jus civile Summa : in primum librum Codicis, de legibus et constitutionibus principum et edictis; — et in octavum librum Codicis. — In fol. *Lyon, 1564, fol. 8, n. 13 et fol. 233 et seq. : Bibl. nat. F 233.*
- BASILE (Saint).** — Basilii Magni epistolæ, classis II : epist. CLX, Diodoro, § 2; — epist. CLXXXVIII, Amphiloquio, de canonibus, can. III; epist. CLXXXIX Eustathio archiatro, § 3. — *Migne, P. G., t. XXXII.*
- Liber de Spiritu Sancto, cap. XXVII-66 et cap. XXIX-71. — *Migne, P. G., t. XXXII.*
- BAUDUIN (Gulielmus).** — De consuetudine in jure canonico (accedunt 72 theses). — *Louvain, van Linthout, 1888, in-8° (VIII-215 p.).*
- BERNARD DE PARME.** — Voir Bottoni.
- BERNARD (Saint).** — Epistola 229, § 8. — *Migne, P. L., t. CLXXXII, col. 402.*
- BLONDEL (Maurice).** — Histoire et dogme. — *Revue de la Quinzaine, numéros des 16 janvier, 1^{er} et 16 février 1904.*
- BÖHMER (Just Henning).** — Jus ecclesiasticum Protestantium, lib. I, tit. IV. — 1 vol. in-4°, 1738.
- BOICH (Henri).** — In quinque Decretalium libros commentaria, comm. cap. 6, quum olim; — cap. 11, quum tanto, l. 4; — cap. 2, sane super eo, l. 11; — cap. 3, quum venissent, ll. 15. — *Venetis, 1576, 1 vol. in-fol. Bibl. Sainte-Geneviève, E 341.*
- BOLTEN (J.).** — Das Gewohnheitsrecht in Codex juris canonici. — *Munster, 1923.*
- BOTTONI (B.).** — Corpus juris canonici continens Decretales sive Constitutiones Gregorii IX cum glossis ordinariis, pars secunda. — *Lugduni, 1671, in-fol. Bibl. nat. E 690; — et Parisiis, 1509, in-4°. Bibl. nat. rés. E 2784; — et Montguntia, P. Schaeffer, 1473, in-fol. Bibl. nat. rés. E 797 et Velins 371.*
- BOUVIX (D.).** — Tractatus de principiis juris canonici. Sectio VI, de consuetudine quatenus juris canonici fonte. — *Parisiis-Lugduni, 1 vol. in-8°, 1862, p. 349 à 411.*
- BRIE (Dr Siegfried).** — Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, eine historisch-dogmatische Untersuchung. — *Breslau, 1899, in-8°.*
- BURCHARD DE WORMS.** — Decretum, lib. III, cap. 124, 125, 126, 127. — *Migne, P. L., t. CXL, col. 696-698.*
- CAMERACENSIS** et Noviomensium clericorum epistolæ. — *Monumenta Germaniæ historica : libelli de lite, III vol., p. 573.*
- CAROLIS (Hugues).** — Tractatus in materia consuetudinis

- (dans *Histoire littéraire de la France*, t. XXXV, p. 617).
- CRÉNON (E.). — Histoire générale du droit français public et privé. Tome premier, n. 195 : de la preuve en justice de la coutume, les enquêtes par turbes. — *Recueil Sirey*, Paris, 1926.
- CIMETIER (F.). — Pour étudier le Code de droit canonique. Introduction générale. Bibliographie. Réponses et décisions. Documents complémentaires (1917-1927). — *Paris, Gabalda*, 1 vol. in-12, 1927.
- CLÉMENT D'ALEXANDRIE. — Cohortatio ad gentes, c. XII. — *Migne*, P. G., t. VIII, col. 238.
- Stromata, lib. VII, cap. 7, n. 307. — *Migne*, P. G., t. IX, col. 462.
- CLÉMENT 1^{er} (Saint). — Opera dubia : Clementina, homilia IV, § 11. — *Migne*, P. G., t. II, col. 163.
- Conciles. — Concilium Bituricense, anno 1584, tit. XVII, de traditionibus, can. 3. — *Concilia novissima Gallix*, p. 409.
- Concilium Cabilonense II, anno Christi 813, can. XVI. — *Hardouin*, t. IV, col. 1035.
- Concilium Carthaginense VII, anno 256, ex tribus Africae provinciis. — *Migne*, P. L. t. III, col. 1051 et seq.
- Concilium Coloniense provinciale, anno 1536, pars nona, cap. I. — *Mansi*, t. XXXII, col. 1271.
- Concilium Moguntinum provinciale, anno 1310 : de consuetudine. — *Mansi*, t. XXV, col. 301.
- Concilium Nicænum, anno 325, can. VI et VII. — Isidori Mercatoris Decretalium collectio, *Migne*, t. CXXX, col. 258.
- Concilium Remense, anno 1092 : Urbanus II, dilecto filio suo Roberto. — *Hardouin*, t. VI, 2^a pars, col. 1699.
- Concilium Remense, anno 1564, VII Congregatio. — *Concilia novissima Gallix*, p. 25-27.
- Concilium Saltburgense provinciale, circa annum 1420, tit. III : de consuetudine.
- *Hardouin*, t. VIII, col. 961.
- Concilium Sardicense trecentorum episcoporum, anno Domini 351, in Thracia, cap. I. — *Migne*, t. CXXX, col. 273.
- Concilium Senonense contra Lutheranorum hereses, anno 1527 et 1528 : decreta fidei, § 5. — *Hardouin*, t. IX, col. 1937.
- Concilium Trevirense II provinciale, anno 1549 : decret. IV. — *Mansi*, t. XXXII, col. 1442.
- CONSTANT (G.). — Concession à l'Allemagne de la Communion sous les deux espèces. Etude sur les débuts de la Réforme catholique en Allemagne (1548-1621). — *Bibliothèque des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome, Paris, de Boccard*, 1923, 2 vol. in-8°, 1160 p.
- CONSTANTIN VII PORPHYROGÉNÈTE. — De ceremoniis aulae Byzantinae, lib. I, cap. 48 : observanda in promotione patriciorum, § 4 (note 86); — lib. II, cap. 55 : de distributione sportularum consuetudinis praepositorum. — *Migne*, P. G., t. CXII, col. 512 (en note) et col. 1435.
- CUJAS (Jacques). — Observationum liber XX, c. I; de longa consuetudine. — *Opera Jacobi Cujacii, Aureliæ Allobrogum*, 1609, 4 tomes en 1 vol. in-fol. (voir le 4^e tome, col. 481). Bibl. nat. F 1182.
- CYPRIEN (Saint). — Epistola ad Jubaianum : de hæreticis baptizandis, cap. XXIII. — *Migne*, P. L., t. III, col. 1125.
- Epistola ad Pompeium, contra epistolam Stephani : de hæreticis baptizandis, cap. IX et XII. — *Migne*, P. L., t. III, col. 1154 et 1156.
- Epistola ad Quintum : de hæreticis baptizandis, § 2. — *Migne*, P. L., t. III, col. 1105.
- DESHAYES (F.). — Memento juris ecclesiastici publici et privati, lib. III, tit. IV : de consuetudine, art. 392-399. — *Parisiis, Berche et Tralin*, 1 vol. in-18, 1895.
- DOLHAGARAY. — *Dictionnaire de théologie catholique Vacant-Mangenot-Amann*; article : coutume. — *Paris, Letouzey et Ané*, 1908.
- DOUJAT (Jean). — Specimen juris ecclesiastici apud Gallos recepti. — *Parisiis*, 2 parties en 1 vol. in-12. Bibl. nat. 8° L d6 12.
- Prænotionum canonicarum libri quinque. — *Parisiis*, 1687, 2 parties en 1 vol. in-4°. Bibl. nat. E 1716.
- DURAND DE MAILLANE (Pierre Toussaint). — *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*. — 1^{er} vol. au mot : coutume. — *Lyon*, 4 vol. in-4°, 1770. Bibl. nat. E 2386.
- DURAND DE MENDE (Guillaume). — Speculum juris, liber quartus, partic. 1^a, rubrica : de consuetudine. Francofurti, 1592, in-fol. p. 78. Bibl. nat. F 236-237.
- FIRMILIE (Saint). — Firmiliani epistola ad Cyprianum, cap. VI et XIX. — *Migne*, P. L., t. III, col. 1159 et 1170.
- FLEURY (abbé Claude). — Institution au droit ecclésiastique, ch. 2 : divisions du droit ecclésiastique. — *Paris*, 2 vol. in-12, 1740, p. 27-33. Bibl. nat. E 6020.
- FLICHE (A.). — Etudes sur la polémique religieuse à l'époque de Grégoire VII. Les Prérégrogiens. — *Paris, Soc. franc. d'imprimerie et de librairie*, 1916, in-8°, VII-343 p.
- La Réforme grégorienne : T. I. La formation des idées grégoriennes. *Louvain*, 1924, in-8°, XII-425 p.; — T. II. Grégoire VII. *Louvain*, 1925, in-8°, VIII-466 p. (Spicilegium sacrum Lovaniense, fasc. 6 et 9).
- Saint Grégoire VII (Collection : les Saints), *Paris, Gabalda*, 1902, in-12, VII-190.
- FLUMENE (F.). — Il valore della consuetudine quale fonte normativa nella patristica latina e greca. — *Sassari, Gallizz*, 1922, 1 vol. in-8°, 64 p.
- La consuetudine nel suo valore giuridico. — *Sas-*

- sari, Gallizz, 1925, in-8°, 306 p.
- La legge non scritta nella storia e nella dottrina etico-giuridica della Grecia classica. — *Sassari, Gallizz*, 1922, in-8°, VIII, 140 p.
- FOURNIER (Paul). — Etudes critiques sur le Décret de Burchard de Worms. — *Paris*, 1912, 1 vol. in-8°, et, *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, année 1910, t. XXXIV.
- La collection canonique dite Cæsaraugustana. — *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, année 1921.
- Les collections canoniques attribuées à Yves de Chartres. — *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, t. LVIII, année 1896 et 1897.
- Les deux recensions de la collection canonique romaine dite le Polycarpus. — *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome*, année 1918-1919, t. XXXVII, p. 55 à 101.
- Un tournant de l'histoire du droit. — *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, année 1917, t. XL.
- Yves de Chartres et le droit canonique. — *Revue des questions historiques*, année 1898, t. LXIII, p. 387 à 404.
- GAQUÈRE (Fr.). — La vie et les œuvres de Claude Fleury. — *Paris, de Gigord*, 1925, in-8°, IX-515 p.
- GASPARRI (Petro). — Codicis juris Canonici fontes. — *Romæ*, typis polyglottis vaticanis, 4 vol. in-4°.
- GENOUDE (DE). — Les Pères de l'Eglise traduits en français. — *Paris*, 1842, 8 vol. in-8°.
- GENY (François). — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. — *Paris, A. Chevalier Marresq*, 1 vol. in-8°, 1889.
- GOUSSET (Cardinal). — Exposition des principes du droit canonique : de la coutume, ch. XX à XXX, p. 337 à 477. — *Paris, Jacques Lecoq*, 1 vol. in-8°, 1859.
- GRÉGOIRE DE NAZIANZE (Saint). — Carminum poemata theologica, liber I, sectio II : poemata moralia, § 135. — *Migne, P. G.*, t. XXXVII, col. 799.
- GRÉGOIRE LE GRAND (Saint). — Epistolæ : Epistolarum liber I, indict. IX, epist. XLIII, LXVI et LXXVII; liber IV, indict. XII, epist. XXXIX; liber IX, indict. II, epist. XII; liber XI, indict. IV, epist. LXIV. — *Migne, P. L.*, t. LXXVII.
- GRÉGOIRE VII (Saint). — Gregori Wimundo, episcopo Aversano, cité par Yves de Chartres, Decreti pars IV, cap. 213. — *Migne, P. L.*, t. CLXI, col. 311.
- GUIBERT, abbé de Sainte-Marie de Nogent. — De pignorum sanctorum, liber I, cap. I. — *Migne, P. L.*, t. CLVI, col. 612.
- HENRI DE SUZE. — Henrici de Segusio, cardinalis Hostiensis, in Decretalium libros Commentaria, tit. de consuetudine. — *Venetis*, 1581 (6 tomes en 4 vol. in-fol.), 1 vol. fol. 29. Bibl. nat. E 59.
- Hostiensis Summa super titulis Decretalium compilata, tit. de consuetudine. — *Venetis*, 1498, in-fol. Bibl. nat. rés. E 1029; et *Lugduni*, 1518, in-fol. Bibl. nat. E 1030.
- HÉRICOURT (Louis DE). — Les lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel et une analyse des livres du droit canonique conférés avec les usages de l'église gallicane: ch. XVII, des coutumes et des libertés de l'Eglise gallicane, prologue et première partie, de la juridiction ecclésiastique; et ch. XVIII, de l'interprétation des lois, n. 15, comment les lois s'abrogent. — *Paris*, 1774, 2 parties en 1 vol. in-fol. Bibl. nat. E 210.
- HILDEBERT (Saint), archevêque de Tours. — Epistolarum liber II, epist. XV, XXIII et LIII. — *Migne, P. L.*, t. CLXXI, col. 223-224, 239 et 278-284.
- HOCHSTETTER. — De præscriptione consuetudinis ad cap. ult. X, de consuetudine. — *Stuttgart*, 1776.
- HOSTIENSIS. — Voir Henri de Suse.
- INNOCENT II. — Epistola VIII ad Didacum. — *Migne, P. L.*, t. CLXXIX, col. 59.
- ISIDORE (Saint), évêque de Séville. — Isidori (S.), Hispalensis episcopi : Differentiarum, lib. I, n. 422 et 339. — *Migne, P. L.*, t. LXXXIII, col. 23 et 45.
- Etymologiarum, lib. II, cap. X, n. 1, 2 et 3; — lib. V, cap. III. — *Migne, P. L.*, t. LXXXII, col. 130, 131 et 199.
- IVONIS, Carnotensis episcopi. — Decretum, pars IV, cap. 66-69, 194-213. — *Migne, P. L.*, t. CLXI, col. 281-283 et 308-310.
- Epistola CI. — *Migne, P. L.*, t. CLXII, col. 120.
- Panormia, lib. II, cap. 155-168. — *Migne, P. L.*, t. CLXI, col. 1119-1122.
- JEAN ANDRÉ. — Joannis Andreae in primum Decretalium librum novella Commentaria, tit. de consuetudine. — *Venetis*, 1581, in-fol., fol. 62-67. Bibl. nat. (au mot Andrea Giovanni) E 64.
- Joannis Andreae Novellæ super V libros Decretalium, Summa super tit. de consuetudine. — *Venetis*, 1489, in-fol., fol. 36 à 40. Bibl. nat. rés. E 496.
- JEAN CASSIEN. — Joannis Cassiani, collatio XXI, cap. XII, responsio de natura eorum quæ bona vel mala vel media sunt. — *Migne, P. L.*, t. XLIX, col. 1185.
- JEAN DAMASCÈNE (Saint). — De imaginibus, oratio II, § 16. — *Migne, P. G.*, t. XCIV, col. 1302.
- JEAN DE RAGUSE. — Oratio in concilio Basiliense habita, 16 januarii 1433, § quarto principaliter. — *Hardouin*, t. VIII, col. 1686.
- JEAN DE RAVENNE. — Joannis Ravennati episcopi ad Gregorium Papam. Gregorii Magni (S.), epistolarum lib. III, Indict. XI, epist. LVII. — *Migne, P. L.*, t. LXXVII, col. 654 et 655.
- JÉRÔME (Saint). — Epistola

- LXXI, ad Lucinium, § 6. — *Migne, P. L., t. XXII, col. 672.*
- JUSTIN (Saint). — Opera spuria, appendix, pars I, quaestio CXV et quaestio CXVIII. — *Migne, P. G., t. VI, col. 1363 et 1367.*
- KÖSTLER (Rudolf). — Consuetudo legitime praescripta, dans la *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXXIX, Band, Kanonistische Abteilung VIII. — *Weimar, 1918.*
- KREUTZWALD. — De canonica juris consuetudinarii praescriptione. — *Dissertatio inauguralis, Berlin, 1873.*
- LANCELOT. — Institutiones juris canonici. — *Lugduni, 1577, in-4^o. Bibl. nat. E 2848.*
- LÉON LE GRAND (Saint). — Appendix ad opera, Codex Canonum eccles. et constitutionum S. Sedis Apost., cap. XXIII, epistola Innocentii papae ad Decentium, sub titulis VII. — *Migne, P. L., t. LVI, col. 513 et sq.*
- Sermones : Sermo VIII, de collectis III et Sermo X, de collectis V. — *Migne, P. L., t. LIV, col. 159 et 164.*
- MAXIME (Saint). — Maximi Taurinensis, homilia XXXVI. — *Migne, P. L., t. LVII, col. 301 et sq.*
- Mémoire sur la situation présente de l'Eglise gallicane relativement au droit coutumier.* — 1853.
- MICHAELIS ANCHIALI. — III, de consuetudine non confirmata judiciali sententia (citée dans le *Jus canonicium graeco-romanum*). — *Migne, P. G., t. CXIX, col. 794.*
- MITTELS (Ludwig). — Reichsrecht und Volksrecht. — *Leipzig, 1891. in-8^o.*
- MOURET (F.). — Histoire générale de l'Eglise. — *Bloud et Gay, 9 vol. in-8^o.*
- NEVO (Alexandre de). — Additiones : au titre de consuetudine du *Speculum judiciale* de G. Durand, tit. IV, Abbate.
- NICÉPHORE (Saint). — Nicephori (S.), Patriarchae C. P., Antirrheticus III adv. Constantinum Copr. — *Migne, P. G., t. C, col. 386, 387, 390 et 391.*
- ORTOLAN (T.). — Les clauses apostoliques. — Dictionnaire de théologie catholique Vacant-Mangenot.-Amann. — *Letouzey-Ané.*
- PANORMITANUS. — Panormifani Abbatibus commentaria primae partis in primum Decretalium librum, rubrica de consuetudine, et comm. c. 11, quum tanto, l. 4. — *Venetis, 1605, in-fol. bibl. nat. E 1198.*
- PAPE (Guido). — Singularia, n. 803. — *Lyon, 1533.*
- PHILLIPS (Georges). — Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux, traduit par l'abbé Crouzet. — *Paris, Jacques Lecoffre et C^{ie}, 1850, 3 vol. in-8^o* (voir le 3^e vol. livre second : du droit non écrit, p. 389 à 443).
- Du droit ecclésiastique dans ses sources, traduit par l'abbé Crouzet. — *Paris, Jacques Lecoffre, 1852, 1 vol. in-8^o.*
- PHOTIUS. — Photii, Patriarchae C. P., Syntagma canonum : tit. I, cap. III concilii oecumenici VI, can. 82 ; et tit X, cap. VII. — *Migne, P. G., t. CIV, col. 466 et 830.*
- PIE I. — Ex epistola Pii papae, decret. 7 (cité par Burchard dans son Decretum, lib. III, cap. 124). — *Migne, P. L., p. CXL, col. 696.*
- PIERRE DAMIEN (Saint). — Sermo XXX : de sancto Apollinare, episcopo Ravennate et martyre. — *Migne, P. L., t. CXLIV, col. 669.*
- PISSARD (Hyppolyte). — Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice, dans l'ancien droit français et dans le système romano-canonique. — *Paris, 1910, in-8^o.*
- PUCHTA (G. F.). — Das Gewohnheitsrecht, lib. II, cap. 3, § 2 ; lib. IV, cap. 4. — 1^{re} pars, *Erlangen, 1828* ; — 2^a pars, *Erlangen, 1837.* Bibl. de la Faculté de droit n. 28851.
- REGINO DE PRUM. — De ecclesiasticis disciplinis et religione christiana (libri duo), lib. I, c. LXIX et LXX (voir aussi Stephani Baluzii ad lib. I, c. 69 et 70). — *Migne, P. L., t. CXXXII, col. 205, 206 et 421.*
- REICH (O.). — Die Entwicklung der kanonischen Verjahrungslehre von Gratian bis J. Andrea. — 1908.
- REIFFENSTUEL (Anaclet). — *Jus canonicum universum* lib. I, tit. 4, de consuetudine, tome I, p. 266 à 303. — *Paris, Vivès, 1864, 7 vol. in-8^o.*
- RICHTER. — Lehrbuch der katholischen und evangelischen Kirchenrechts mit besonderen Rücksicht auf deutsche Zustände. — *Leipzig, 1884-1886.*
- SAVIGNY (Frédéric-Charles de). — Histoire du droit romain t. II : le droit romain dans le clergé.
- SCHAEURL. — *Zeitschrift für Kirchenrecht*, années 1862-1863.
- SCHMALZGRIEBER (François). — *Jus ecclesiasticum universum : Pars I, tit. 4, de consuetudine, 1^{er} vol., p. 263 à 287.* — *Rome, 1843, 12 vol. in-4^o.*
- SCHULTE. — Das katolische Kirchenrecht. — 1860.
- SUAREZ (François). — De Legibus ac Deo legislatore, lib. VII : de lege non scripta quae consuetudo appellatur. — *Neapoli, 1871, 2 tomes in-4^o.*
- Synodes.* — Statuta et decreta Argentinensis 1549 synodi dioecanae, cap. XIV : de antiquis Ecclesiae ritibus, consuetudinibus, traditionibus et ceremoniis. — *Concilia Germaniae, t. VI.*
- Statuta ecclesiae Coloniensis a Theodorico archiepiscopo in provinciali synodo edita : c. IV, contra abrogantes pias et laudabiles consuetudines. — *Hardouin, t. VIII, col. 1009.*
- Synodus Colonia autumnalis anno 1338. — *Concilia Germaniae, t. IV, p. 449.*
- Pseudo-synodus Photiana, anno 879, actio tertia, § Zacharias, et actio quarta, cap. II. — *Mansi, t. XVII, col. 458, 487 et 490.*
- Synodus provincialis Pragensis, anno 1355, cap. 4 :

- de consuetudine. — *Mansi* t. XXVI, col. 384.
- Constitutiones et decreta in provinciali synodo Salisburgensi condita, anno 1569, constitutio III, § de consuetudine. — *Concilia Germaniæ*, t. VII, p. 239.
- VERTULLIEN. — De Corona, cap. IV et V. — *Migne*, P. L., t. II, col. 80-83.
- De Virginibus velandis, cap. I, III, IV, XVI, XVII. — *Migne*, P. L., t. II, col. 887-911.
- THÉODORET, évêque de Cyr. — Græcarum affectionum curatio, sermo I, de fide; sermo IX, de legibus. — *Migne*, P. G., t. LXXXIII, col. 1043.
- THOMAS (Saint). — Summa theologia : 1^a 2^{ae}, q. XCVII, art. 3, conclusio, et art. 3, ad tertium; — 2^a 2^{ae}, q. X, art. 12, § c. — *Barle-Duc*, 1874, 8 vol. in-8^o.
- URBAIN III. — Epistolæ et privilegia, annis 1185-1187, epist. LXXIV. — *Migne*, P. L., t. CCII, col. 1465.
- VALLENSIS ANDREAS. — Voir André del Vaulx.
- VAN ESPEN (Bernard). — Jus ecclesiasticum universum hodiernæ disciplinæ pars III, tit. 7, cap. 6; de probatione per testes. — *Colonix Agrippæ*, 1702, p. 841 et 842. Bibl. nat. E 1083.
- VOOSEN (E.). — Papauté et pouvoir civil à l'époque de Grégoire VII. Contribution à l'étude du droit public (Univ. de Louvain, diss. de la Fac. de théol., 2^e série, t. XX). — *Gembloux, J. Duculot*, 1927, in-8^o, XII-342 p.
- WAGNER. — Dictionnaire de droit canonique et des sciences en connexion avec le droit canon, ou le Dictionnaire de Mgr André et de l'abbé Condé : art. coutume, tome 1^{er} et tome IV, 1^{er} supplément. — *Paris, Hippolyte Walzer*, 1894.
- WALTER (Fd.). — Lehrbuch des Kirchenrechts mit Berücksichtigung der neuesten Verhältnisse. — *Bonn*, 1822.
- YVES DE CHARTRES. — Voir Ivonis, Carnotensis episcopi.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1

PREMIÈRE PARTIE

LA COUTUME DANS LA CODIFICATION JUSTINIENNE

CHAPITRE I ^{er} . — La notion de la coutume.	13
CHAPITRE II. — Le fondement et les sources de la coutume.	15
CHAPITRE III. — La valeur juridique de la coutume.	18
CHAPITRE IV. — Les conditions d'application de la coutume	21
CHAPITRE V. — La preuve de la coutume	23
CHAPITRE VI. — Le domaine d'application de la coutume.	26

SECONDE PARTIE

LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE PRIMITIF DU I^{er} SIÈCLE AU XIII^e SIÈCLE

La coutume s'introduit dans l'Eglise catholique comme un fait
et y joue un rôle relativement important.

CHAPITRE I ^{er} . — La coutume au I ^{er} siècle. — Ce que le Christ et les Apôtres ont pensé de la coutume.	36
CHAPITRE II. — La coutume au II ^e siècle. — Tertullien (160?-240?)	43

CHAPITRE III. — La coutume au III ^e siècle. — Saint Cyprien (200?-258).	50
CHAPITRE IV. — La coutume au IV ^e siècle. — Conciles de Nicée (325) et de Sardique (351). — Saint Grégoire de Nazianze (328-389). — Saint Ambroise (340-397). — Saint Basile (329-370).	54
CHAPITRE V. — La coutume au V ^e siècle. — Jean Cassien (350?-440). — Saint Jérôme (331-420). — Innocent I ^{er} (402-417). — Saint Augustin (354-430). — Théodoret de Cyr (387-458). — Saint Léon le Grand (440-461). — Saint Maxime, mort vers 465.	58
CHAPITRE VI. — La coutume au VI ^e siècle. — Saint Grégoire le Grand (540-604).	65
CHAPITRE VII. — La coutume au VII ^e et au VIII ^e siècle. — Saint Isidore, évêque de Séville en 601, mort en 636. — Saint Jean Damascène (676-754).	69
CHAPITRE VIII. — La coutume au IX ^e siècle. — Second Concile de Chalon-sur-Saône (813). — Saint Nicéphore, patriarche de Constantinople en 806, mort en 828. — Pseudo-concile de Constantinople de 879. — Photius, patriarche de Constantinople en 866, mort en 891.	71
CHAPITRE IX. — La coutume au X ^e siècle. — Constantin VII Porphyrogénète, empereur d'Orient (919-959). — Reginon, abbé de Prüm de 892 à 899. — Abbon, abbé de Fleury (Abbo Floriacensis), mort en 1004.	77
CHAPITRE X. — La coutume au XI ^e siècle. — Burchard de Worms (mort en 1025). — Saint Grégoire VII, pape de 1073 à 1085. — Urbain II, pape de 1088 à 1099. — Yves, évêque de Chartres en 1091.	79
CHAPITRE XI. — La coutume au XII ^e siècle.	
A. — La coutume dans les auteurs ecclésiastiques autres que les auteurs de collections de canons. — Pierre le Vénérable, abbé de Cluny (1092-1156). — Guibert, abbé de Sainte-Marie de Nogent en 1104. — Hildebert, archevêque de Tours (1057-1134). — Innocent II, pape de 1130 à 1143. — Adrien IV, pape de 1154 à 1159. — Alexandre III, pape de 1159 à 1181. — Concile de Rouen de 1189. — Yves de Chartres, sacré évêque en 1091, mort en 1117. — Urbain III, pape de 1085 à 1087.	84
B. — La coutume dans les auteurs, des collections de canons du début du XII ^e siècle et, en particulier, dans le Décret de Gratien (première moitié du XII ^e siècle).	87
Conclusion de la seconde partie.	93

TROISIÈME PARTIE

LA COUTUME DANS LES DÉCRÉTALES
DE GRÉGOIRE IX

La doctrine reconnaît la coutume comme un droit proprement dit dont elle définit les conditions essentielles.

CHAPITRE I ^{er} . — Quelle est la notion et quel est le domaine d'application de la coutume?	100
CHAPITRE II. — Quelle est la valeur juridique de la coutume?	108
CHAPITRE III. — Quelles sont les diverses qualités que doit posséder une coutume pour avoir autorité?	110
A. — Qualités négatives de la coutume. — La coutume ne doit pas porter préjudice au droit naturel et ne doit pas déroger au droit positif	111
B. — Qualités positives de la coutume. — La coutume doit être raisonnable et légitimement prescrite	118
CHAPITRE IV. — Comment se prouve la coutume?	128
Conclusion de la troisième partie.	133

QUATRIÈME PARTIE

LA THÉORIE DE LA COUTUME
DEPUIS LA SECONDE MOITIÉ DU XIII^e SIÈCLE
JUSQU'AU DÉBUT DU XX^e SIÈCLE

La théorie s'efforce de justifier l'enseignement qui découle de la doctrine et de la compléter.

CHAPITRE I^{er}. — La théorie de la coutume de l'an 1230 à l'an 1300.

Elaboration de la théorie.

Azon (mort vers 1230). — Accurse (1182-1260). — Bernard de Parme ou Bottoni (mort vers 1265). — Henri de Suze ou Hostiensis (mort vers 1271). — Saint Thomas d'Aquin (1225-1274). — Guillaume Durand (1237-1296). — Boniface VIII (1294-1303). 138

CHAPITRE II. — La théorie de la coutume dans le droit canonique durant le xiv^e siècle.

**Exposé synthétique et discussion juridique
de la théorie de la coutume.**

Clément V (1305-1316). — Concile de Mayence de 1310. — Synode de Cologne de 1337. — Synode de Prague de 1355. — Jean André (Joannes Andreas), né vers 1270, mort en 1348. — Henri Boich, professeur à Paris, mort entre 1350 et 1390 198

CHAPITRE III. — La théorie de la coutume dans le droit canonique durant le xv^e siècle.

La théorie de la coutume dans le droit canonique se constitue à part du droit romain : premier essai de christianisation de cette théorie.

Concile de Salzbourg de 1420. — Synode de Cologne de 1423. — Martin V (1417-1431). — Calixte III (1455-1458). — Jean de Raguse, mort vers 1445. — Alexandre de Nevo, professeur à Padoue vers 1457. — Panormitanus ou Nicolas de Tedeschis, professeur dès 1421, mort en 1443. 253

CHAPITRE IV. — La théorie de la coutume dans le droit canonique durant le xvi^e siècle.

**Période de stagnation pour la théorie de la coutume
dans le droit canonique.**

Concile de Sens de 1527. — Synode de Cologne de 1536. — Concile de Strasbourg de 1549. — Concile de Trèves de 1549. — Concile de Reims de 1564. — Concile de Salzbourg de 1569. — Concile de Bourges de 1584 274

CHAPITRE V. — La théorie de la coutume dans le droit canonique durant le xvii^e siècle.

« Canonisation » de la théorie de la coutume.

Suarez (1548-1617). — Del Vaulx (1569-1636) 279

CHAPITRE VI. — La théorie de la coutume dans le droit canonique
durant le XVIII^e siècle.

Tentative d'élargissement de la théorie.

Reiffenstuel (1644-1703). — Van Espen (1646-1728). — L'abbé
Fleury (1640-1723). — Louis de Héricourt (1687-1752). — Schmalz-
grueber (1663-1735). 313

CHAPITRE VII. — La théorie de la coutume dans le droit canonique
durant le XIX^e siècle.

**La théorie interprète rigoureusement la doctrine émise
au XIII^e siècle, sauf en ce qui concerne la pres-
cription.**

Durand de Maillane (1729-1814). — Puchta (1798-1846). — Phil-
lips (1804-1872). — Bouix (1808-1870). — Gousset (1792-1866) . . . 334

Conclusion de la quatrième partie 394

CINQUIÈME PARTIE

LA COUTUME DANS LE NOUVEAU CODE DE DROIT CANONIQUE

**La doctrine se précise et s'enrichit tout en demeurant fidèle
à la tradition.**

CHAPITRE I^{er}. — Quelle était la doctrine officielle de l'Église sur la
question de la coutume au début du XX^e siècle ? 399

CHAPITRE II. — Quel était l'enseignement commun des docteurs sur
la question de la coutume au début du XX^e siècle ? 400

CHAPITRE III. — Quelle est la doctrine qu'impose le nouveau Code de
droit canonique sur la coutume ?

1^o Reproduction des canons qui ont trait à la coutume dans le
nouveau Code de droit canonique. 405

2 ^o Enseignement qui se dégage des canons du nouveau Code consacrés à la coutume. — A. Notion de la coutume. — B. Division de la coutume. — C. Conditions de validité de la coutume. — D. Effets de la coutume. — E. Preuve de la coutume. — F. Abrogation de la coutume.	407
Conclusion de la cinquième partie.	420
CONCLUSION GÉNÉRALE	424
ÉPILOGUE	427
LISTE DES AUTEURS ET OUVRAGES CITÉS	431
TABLE DES MATIÈRES	437

MAYENNE, IMPRIMERIE FLOCH — 11-5-1928
